

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

DÉLÉGATION IMPARFAITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 2 Juin 1914, à 4 h. 1/2

PAR

A. BADAREU TOMSA

Président : M. PLANIOL, *professeur*
Suffragants { MM. GIRARD, *professeur*
 MASSIGLI, *professeur*

PARIS (V^e)

M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1914

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

DÉLÉGATION IMPARFAITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 2 Juin 1914, à 4 h. 1/2

PAR

A. BADAREU TOMSA



Président : M. PLANIOL, *professeur*
Suffragants { MM. GIRARD, *professeur*
 MASSIGLI, *professeur*

PARIS (V^e)

M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1914

DE LA DÉLÉGATION IMPARFAITE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Nous nous proposons de traiter de la délégation imparfaite. Mais avant d'entrer dans les détails techniques de cette institution juridique, nous croyons nécessaire d'abord d'esquisser le sujet, d'en faire une peinture d'ensemble, dont la suite précisera de plus en plus les contours.

Dans la langue courante (1) le mot déléguer signifie : « envoyer quelqu'un, le commettre à sa place, lui confier la mission d'agir en son nom ». Dans la langue juridique, le mot a un sens plus précis et un peu différent de celui-ci : On entend par délégation « toute prestation faite sur l'ordre d'autrui. »

On peut déjà remarquer par cette brève définition que la délégation met en présence trois personnes : Le délégant, qui donne l'ordre de faire une prestation, et qui joue par conséquent le rôle actif de

1. V. Littré, *Grande Encicl.*, t VII. p. 235

promoteur de l'opération ; le délégué, qui accepte de faire la prestation, et le délégataire, qui est le bénéficiaire de l'opération (1). Le point essentiel, qu'il faut mettre en relief avant tout, c'est que la personne qui donne l'ordre d'opérer une prestation est très réellement intéressée dans cette affaire. Si, par exemple, le délégant n'a aucun intérêt à l'accomplissement de la prestation, l'opération ne sera pas une délégation, mais une prestation tout simplement. Ce qui distingue la délégation, c'est qu'entre le délégant et le délégué, d'une part, le délégant et le délégataire, d'autre part, il existe des rapports juridiques, des conventions, qu'on réalise en même temps que s'effectue la prestation par le délégué. Éclaircissons un peu ce point. Toutes les conventions possibles entre le délégant et le délégué, d'une part, entre le délégant et le délégataire, d'autre part, se ramènent toujours aux trois catégories suivantes : paiement, avance, donation.

Le délégué s'oblige envers le délégataire parce qu'il veut ou payer une dette au délégant, ou lui consentir un prêt, ou, enfin, lui faire une donation. Et le délégataire reçoit la prestation des mains du

1. Ces expressions sont empruntées au *Vocabulaire du Droit romain* ; *delegatus* (délégué) ; *delegans* (délégant) ; ou des jurisconsultes du XVIII^e siècle : *delegatarius* (délégataire). Il faut signaler que les jurisconsultes romains se servaient de préférence des expressions suivantes : *Is qui delegavit* (délégant) ; *is a quo delegatus est* (délégataire) ; *is qui delegatus est* (délégué).

délégué, soit à titre de payement de la créance qu'il avait contre le délégant, soit à titre d'avance, quand il emprunte une somme à celui-ci, soit, enfin, à titre de donation, quand il consent à être le donataire du délégant. Les deux séries de rapports juridiques sont absolument nécessaires à l'existence de la délégation. Elles peuvent être uniformes — deux payements, deux prêts, deux donations — ou dissemblables — un payement et un prêt, un prêt et une donation, un payement et une donation.

Revenant à notre définition, nous voyons que *la prestation réelle faite par le délégué ou délégataire est accompagnée de deux autres prestations soi-disant idéales qui s'accomplissent à travers la personnalité juridique du délégant*. Mais on peut se demander quelle est l'utilité de cette opération, car une institution juridique ne saurait présenter aucun intérêt doctrinal, l'intérêt pratique faisant défaut. La réponse est facile : *l'utilité de la délégation imparfaite réside dans l'économie des frais de transport*. Au lieu d'opérer deux prestations — une du délégué au délégant, l'autre du délégant au délégataire — on n'en fait qu'une seule — celle du délégué au délégataire. Et ce n'est pas tout. On peut imaginer que le délégataire au lieu de recevoir la prestation, la délègue à son propre créancier. Alors, au lieu de deux prestations, la délégation en remplace trois. Et ainsi de suite. D'ailleurs, tout cela ne cons-

titue pas seulement une possibilité, rendue probable par la nature de l'institution. Dans l'antiquité romaine, ce fut une réalité. Les Romains ne connaissant ni la cession civile, ni la clause à l'ordre, ni les effets de commerce, ni la monnaie fiduciaire, usaient dans une large mesure de la délégation. Et, d'après toutes les probabilités, les *argentarii* de Rome se réunissant chaque jour sous les arcades du portique de Janus, une sorte de « Clearing-Housse », ne faisaient qu'économiser des centaines de mutations de fonds, au moyen de la compensation, rendue possible par les délégations. Quoique dans le droit moderne, la délégation soit loin d'avoir la même importance que dans le droit romain, toutefois elle joue un rôle en matière de transmissions de valeurs, comme l'a démontré M. Hubert dans son remarquable ouvrage : *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, et dont notre travail s'est inspiré dans une large mesure.

Encore un mot :

Ce qui nous a déterminé dans le choix de ce sujet dont la bibliographie est si pauvre, ce n'est pas seulement la valeur objective de l'intérêt doctrinal qu'il peut présenter, mais plus encore, la grande valeur subjective qu'il offre à celui qui veut pénétrer les subtilités de la science juridique. A ce point de vue, nulle matière, dans tout le droit, n'est vraiment plus indiquée que la théorie de l'obligation, et dans

celle-ci que la délégation. En effet, comme on le verra plus loin, aucune institution n'a autant de points de contact avec d'autres, aucune n'exerce mieux l'esprit à manier les subtilités juridiques.

Ceci dit, nous pouvons dès maintenant commencer l'étude détaillée de notre sujet, d'abord à la lumière paisible de l'histoire, ensuite, dans le champ mouvementé de la doctrine et de la jurisprudence modernes.

PLAN DE L'OUVRAGE :

PREMIÈRE PARTIE. — HISTORIQUE	{	CHAP. I. — Droit romain. CHAP. II. — Droit français ancien.
DEUXIÈME PARTIE	{	CHAP. I. — La délégation comme convention. CHAP. II. — La délégation comme contrat spécial. CHAP. III. — Les confins de la délégation.
DROIT ACTUEL	{	§ 1 } Les rapports du délégué avec le délégant.
(Délégation imparfaite)	{	CHAP. IV } Les effets } § 2 } Les rapports du délégué avec le délégataire. § 3 } Les rapports du délégué avec le délégataire.
	{	CHAP. V. — Le rôle de la délégation.

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

§ 1. — La nature de la délégation

Même aujourd'hui, beaucoup de romanistes, et non des moindres, considèrent la délégation comme une espèce de novation. La question est très intéressante au point de vue historique, surtout quand on veut bien comprendre la structure intime de notre institution.

Depuis l'époque des glossateurs jusqu'à nos jours, on a imaginé quatre systèmes (1) pour expliquer la délégation, et qui tous reposent sur la même base : *la délégation n'est qu'une espèce de novation.*

· 1. Boleslas-Boratynski, *de la Délégation en droit romain et en droit français*, p. 8-12. Thèse 1871. T. 3.

A

Premier système. — La délégation nécessite la préexistence de deux obligations — l'une, entre le délégant et le délégataire, l'autre, entre le délégué et le délégant ; de sorte que, par la délégation, s'opère simultanément une double novation : par changement de créancier et de débiteur. Ce système a été inauguré par les glossateurs qui disaient : *Delegatio novatio creditoris simul et debitoris est.*

Les jurisconsultes Duarenus, Brissonius, Hotoman, Fachineus, Maier et Voetius l'ont également soutenu.

Deuxième système. — On ne suppose que l'existence d'une seule obligation : le délégataire est le créancier du délégant. Ici, la novation s'opère par changement de débiteur. Ce système repose sur un texte d'Ulpien (1), ainsi conçu : *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit.* Ce système a été exposé par Fr. Aretinus et Alciatus ; puis soutenu par Doneau, Domat, Vinnius, Henecius, Dabelloy, Gesterding, Bruno, Schilling.

Troisième système. — Il a été proposé par le romaniste allemand Keller. Suivant lui, l'essence de la délégation n'est pas d'être l'acte de paiement d'une dette, mais celui du transport d'une créance. C'est-à-

1. D. 46. 2., loi II, lib. 27 *ad Edictum*.

dire que pour l'existence de la délégation il n'est besoin que de la créance du délégant contre le délégué. Donc, la délégation est une novation par changement de créancier.

Quatrième système. — Celui-ci est une combinaison des deux précédents. La délégation a besoin de la préexistence d'une seule obligation, et, il est indifférent qu'elle consiste dans une créance du délégataire envers le délégant, ou dans une obligation du délégué envers le délégant. Donc la délégation est une novation, soit par changement du créancier, soit par changement du débiteur. Ce système a été défendu par Mattheus, Schambogen, Vultejus, Pothier, Thibaut, Mullenbruck et Puchta.

En résumé, tous ces systèmes supposent la novation. C'est une erreur. En admettant que la délégation soit toujours une novation, il s'ensuit que la préexistence d'une ou de deux obligations est pour elle une condition essentielle. Or, il existe quelques textes, dont le sens est le suivant : entre le délégué et le délégant, d'une part, le délégant et le délégataire, d'autre part, il y a des donations, soit d'un seul côté, soit des deux côtés à la fois. Voici ces textes :

Tryphonimus (1) : *Si Titius donare mihi volens, delegatus a me creditori meo stipulanti spopondit : non habebit adversus eum illam exceptionem, ut,*

1. D. 46. 2. 33. lib. 7. *Disputationum.*

quatenus facere potest, condemnetur, nam adversus me tali defensione merito utebatur quia donatum ab eo petebam; creditor autem debitum persequitur.

Julianus (1): *Cum vero ego Titio pecuniam donaturus, te, qui mihi tantamdem donare volebas, jussero Titio promittere: inter omnes personas donatio perfecta est.*

Hermogenianus (2): *Si, cum primus tibi donare vellet, tu donandi secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit: perficitur donatio. Quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur donavit: quidem in solidum non in id quod facere potest, condemnatur. Idque custoditur, si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori ejus donator promiserit: hoc enim casu creditor suum negotium gerit.*

L'argument fourni par ces textes est décisif. Et il est logique qu'il en soit ainsi, car la délégation et la novation n'ont ni le même rôle, ni la même nature juridique. D'abord, la délégation n'a pas pour fonction propre de remplacer des obligations, mais d'en créer tout simplement. Ensuite, leur nature juridique est tout à fait différente.

En examinant, en effet, la forme de ces deux institutions, on constate que la novation s'opère tou-

1. D. 33. 5. 2. § 2, lib. 60. *Digestorum*.

2. D. 33. 5. 33. § 3, lib. 6. *Juris Epitomarum*.

jours de la même manière, à savoir, dans la forme de la stipulation; la délégation, au contraire, emploie les formes les plus diverses, tantôt c'est la stipulation, tantôt c'est la *litis contestatio*; tantôt, enfin, c'est le contrat *litteris* ou le pacte *de constitut*. Quelle est l'explication de cette diversité? C'est que la novation appartient à une catégorie d'actes juridiques qui n'existent que par la volonté du législateur; elle n'est qu'une forme capable de contenir les choses les plus diverses. La délégation, au contraire, est un fait économique; elle appartient donc à une autre catégorie d'actes juridiques, qui puisent leur force en dehors de la loi: celle-ci ne fait que les constater et les reconnaître.

M. Paul Gide (1) caractérise d'une façon très heureuse cette différence entre les deux catégories d'actes juridiques, auxquels appartiennent la novation et la délégation. Il dit, que la première est de même nature que la mancipation, et que la deuxième ressemble parfaitement à la donation.

En résumé, la novation est une forme, tandis que la délégation est un fait. C'est là une différence essentielle, qui, à côté de différences secondaires, condamne définitivement l'opinion sus-indiquée.

Avant d'en finir avec cette question, il sera peut-être utile d'expliquer la cause de l'erreur mentionnée.

1. Transport des créances.

D'abord, ce qui a contribué à égarer les romanistes, c'est le titre du Digeste : *De novationibus et delegationibus* (1) qui peut faire présumer d'une similitude entre les deux institutions. Mais, contre cette présomption, se dressent d'autres textes (2), qui prouvent que les deux matières sont traitées sous des titres tout à fait différents. La rencontre de ces deux institutions sous un même titre est le résultat d'une erreur de rédaction ou la preuve de l'esprit éminemment pratique des jurisconsultes romains ; ils employaient presque toujours la méthode inductive, qui, dans l'espèce, les avaient conduits à trouver que le plus grand nombre des hypothèses de délégation se rattachait à la novation.

Ensuite, le fragment II d'Ulpien : *delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit* a servi encore d'argument à ceux qui regardent la délégation comme une espèce de novation. Mais ce texte est assez obscur, et puis, comme nous l'avons déjà dit, les jurisconsultes romains n'avaient pas l'habitude de faire des définitions. Javolenus (3) donne le motif du peu d'estime dont jouissait la méthode déductive : *Omnis definitio in jure civili*

1. D. 46. 2.

2. *Gaius* (Com. 3, § 13) relative au contrat littéral ; *Instit. Just.* (t. XXVI, § 2) à propos du mandat. — *Digeste* : des centaines de paragraphes relatifs à notre institution, tandis que *lib.* 46, t. II, ne contient que cinq textes : les paragraphes 11, 13, 17, 19, 33.

3. *De regulis Juris*, fr., 202.

periculosa est; parum est enim ut non subverti possit.

Enfin, la cause principale de l'erreur a été l'ignorance de certains textes (de Tryphoninus, Julianus, Hermogenianus), dont nous avons constaté tout à l'heure la valeur décisive dans ce débat. En résumé, la délégation n'est pas, en droit romain, une espèce de novation.

B

Mais alors qu'est-elle ?

La délégation est une opération juridique dont le mécanisme se décompose en deux éléments : un Jussum et l'exécution de ce Jussum.

Tout se réduit alors à savoir en quoi consiste le *Jussum*.

C'est une manifestation de volonté unilatérale de la part du délégant, qui invite le délégataire à recevoir — ou le délégué à faire — une prestation quelconque. Il y a une très grande analogie entre le *Jussum* du délégant et de celui du *pater familias*, qui fait naître l'*actio quod jussu*. Il faut noter que cette manifestation de volonté n'a pas du tout le caractère d'un ordre impératif, d'une injonction, mais celui d'une adhésion. Seulement cette adhésion est anticipée.

I. — Avant d'examiner en détail le *Jussum*, il

importe de faire deux observations préalables, dont la première est la conséquence de la deuxième :

a) Les rapports du délégant avec le délégué ou le délégataire ne sont pas sanctionnés par les *actiones mandati (directa et contraria)*.

b) Le *Jussum* et le mandat sont choses très différentes.

Ce dernier point seulement réclame quelque éclaircissement.

Comme l'a montré M. Paul Gide (1), il existe une triple différence entre les deux institutions :

1° Le mandat est une convention obligatoire pour les deux parties, tandis que le *Jussum* est une manifestation de volonté unilatérale, qui n'oblige pas.

2° Le mandat est un acte double — d'une part, l'obligation du mandataire de rendre compte ; d'autre part, le pouvoir conféré au mandataire d'agir au nom du mandant ; le *Jussum*, au contraire, est un acte simple, qui consiste seulement dans le pouvoir conféré à une personne d'agir pour le compte de son *jubens*.

3° Le mandat peut être donné pour des actes matériels comme pour des actes juridiques ; le *Jussum* a un domaine plus rétréci, car il ne peut être donné que pour des actes juridiques.

II. — Revenant aux éléments de la délégation, il faut

1. *Op. cit.*, p. 468 et suiv.

remarquer que le *Jussum* peut avoir deux objets : une *dation* ou une *promission*. Cette circonstance explique les deux expressions que nous trouvons dans les textes : *Jussum dandi* et *Jussum promittendi*. Ces deux espèces de *Jussum* ont comme corrélatifs dans l'autre élément de la délégation — l'exécution du *Jussum* — les deux espèces de prestations suivantes : *datio vel promissio*. En dehors de cette corrélation (à part aussi la cause et le but dont nous parlerons plus loin), il n'y a que des différences entre ces deux éléments. Nous allons vérifier cette affirmation à trois points de vue. Il y a différence :

a). Quant à la date, parce que le *Jussum* précède toujours son exécution.

b). Quant aux personnes, le *Jussum* intervenant entre le délégant, d'une part, et le délégué, ou le délégataire, d'autre part, tandis que l'exécution du *Jussum* intervient toujours entre le délégué et le délégataire.

c). Quant à la forme ; le *Jussum* n'a besoin d'aucune forme (comme dit Ulpien, le *Jussum* peut se manifester par un simple signe de tête), tandis que son exécution a toujours besoin d'une forme. Et cette forme dépend complètement de la nature de l'objet. La corrélation est parfaite. Si l'objet est une *datio*, la forme de la stipulation ne peut être qu'une *mancipatio*, une *in jure cessio*, ou une *traditio*. Si l'objet est une *promissio*, la forme de la prestation est

suivant les cas : une *stipulatio*, une *litis contestatio*, un contrat *litteris*, ou un *constitut possessoire*.

Dans cette deuxième catégorie de formes, une sous distinction s'impose :

1° Si l'obligation du délégué envers le délégataire est calquée sur celle qui existe entre le délégant et le délégataire, ou entre le délégué et le délégant (c'est-à-dire s'il y a transport de créance ou de dette), on emploiera soit la *stipulatio*, soit la *litis contestatio*, soit le pacte de *constitut*.

2° Si, au contraire, il n'y a pas transport d'obligation, c'est-à-dire si l'obligation du délégué envers le délégataire est indépendante des deux autres, on emploiera la *stipulatio* ou le contrat *litteris*.

Les motifs qui président à cette différenciation de formes sont simples. Si l'objet est une *datio*, il y a lieu de faire une aliénation de propriété, et par conséquent on ne peut employer que les formes adéquates à cet usage. Si l'objet est une *promissio*, on contracte une obligation et on ne peut utiliser que certaines formes, qui sont toutes différentes — d'après la conception romaine — des modes de transfert de la propriété. S'il y a transport d'obligation (de créance ou de dette) on ne peut disposer que des modes d'obligations qui se prêtent à opérer une novation. Si, enfin, il n'y a pas transport d'obligation, on ne peut employer que deux formes : ou celle qui engendre toujours des obligations nouvelles —

le contrat *litteris* — ou celle qui se prête par sa souplesse à toutes les nécessités, la *stipulatio*.

*
*
*

Nous avons dit plus haut que le but et la cause sont communs à ces deux éléments de la délégation, et c'est précisément ce qui fait, malgré les différences constatées tout à l'heure, leur caractère de parties d'un tout homogène.

Les deux éléments de la délégation ont :

Le même but, le *jussum* et son exécution tendant successivement à la même fin : la signification du nombre de prestations.

Les mêmes causes, car, directement ou indirectement, les deux éléments ont les mêmes rapports propulsifs : la *provision* et la *valuta*.

Que signifient ces deux expressions ?

La provision est l'arrangement qui intervient entre le délégué et le délégant ; la *valuta* est l'arrangement qui a lieu entre le délégant et le délégataire.

Quel rôle jouent-elles dans la délégation ?

Elles sont causes du rapport obligatoire existant entre le délégué et le délégataire, et par suite causes de la délégation. Car s'appauvrir sans aucun motif, serait une folie, et s'enrichir sans aucun droit, serait un dol.

En quoi consiste ces arrangements ?

En trois sortes de relations juridiques : *solvere*, *credere*, *donare* (paiement, avance, donation). Ces relations peuvent être de même nature dans la *provisio* et la *valuta* — *solvere*, *solvere*; *credere*, *credere*; *donare*, *donare*; ou mêlées *solvere*, *credere*; *credere*, *solvere*; *solvere*, *donare*; *donare*, *solvere*; *credere* *donare*; *donare*, *credere*. En somme, il est possible de combiner les trois espèces de conventions sous neuf formes différentes. L'importance de cette énumération ressortira des développements ultérieurs.

§ 2. — Les effets de la délégation

La question de la cause nous amène à considérer d'une manière plus approfondie les rapports juridiques existant entre les diverses parties, et, par là, à envisager les effets de la délégation.

A. — Les relations entre le délégué et le délégant

Le délégué, en faisant la prestation au délégataire, est censé la remettre au délégant. Donc la prestation réelle faite au délégataire, en contient une autre de nature idéale faite au délégant. A quel titre ? Nous savons déjà que c'est à titre de paiement, de donation ou de prêt. Analysons successivement ces trois opérations.

I

Supposons que le délégué est le débiteur du délégant. En faisant la prestation au délégataire, le délégué se délibère envers le délégant. Il est indifférent qu'il y ait paiement proprement dit, ou novation. Si le délégué paye au délégataire sans rien devoir au délégant, il aura contre celui-ci — et seulement contre lui — une action en recours, une *condictio indebiti*.

II

Si le délégué entend faire une donation au délégant, il n'y aura pas lieu d'employer les formes de la donation ordinaire, quoique toutes les règles fondamentales de celles-ci soient applicables à la délégation. Si, par exemple, la donation se fait entre époux, comme elle est prohibée par la loi, le délégué (donateur) aura une action contre le délégant (donataire). Si la donation est valable, en principe, mais que son chiffre seulement soit exagéré, le délégué aura une exception pour tout ce qui dépasse la quotité permise (par exemple, *exceptio lex cincia*). Si le délégué est un débiteur insolvable, ou un affranchi qui fait la donation au détriment du patron, celui-ci et les créanciers auront contre le délégant les actions rescissaires, l'*actio faviennæ* ou l'*actio paulienne*.

III

Le délégué a voulu faire une avance au délégant.

Cette avance consiste en un *prêt*, dans la majorité des cas. Si le délégué prêteur n'est pas remboursé de la somme prêtée, il peut exercer contre le délégant l'*actio creditæ pecuniæ*.

Quelquefois le délégué peut faire une *constitution de dot*. Si plus tard il acquiert une action en restitution, il peut très bien l'exercer contre le délégant, qui est censé avoir reçu la dot. Il est possible encore que l'avance constitue l'objet d'un *contrat innommé*. Dans ce cas le délégué aura contre le délégant l'*actio prescriptis verbis*. Enfin, l'avance peut être faite à titre de *mandat*. Le mandant a chargé le mandataire de faire un paiement à un tiers. Alors le délégué (mandataire) n'aura contre le délégant (mandant) que l'*actio mandati contraria* ; car cette délégation est faite en vertu d'un mandat, et apparaîtra donc comme un article nouveau de la reddition du compte.

B. — Les relations entre le délégant et le délégataire

Nous croyons superflu d'insister longuement sur cette catégorie de rapports, attendu qu'ils sont de même nature que les rapports existant entre le

délégué et le délégant, mais envisagés à rebours. En effet, le délégant, au lieu de recevoir la prestation, est, au contraire, censé la faire au délégataire. Nous pouvons donc passer à la troisième catégorie.

C. — Les relations entre le délégué et le délégataire

Les relations de délégué à délégataire se ressentent à la fois de trois influences : de l'objet, de la forme, et de la cause de la prestation que le premier fait au deuxième.

En effet, les droits qui peuvent naître éventuellement dans la personne du délégué ou du délégataire — dans leurs rapports respectifs — seront influencés différemment, suivant que l'objet sera une *datio* ou une *promissio*, que la forme sera une *stipulatio* ou non (et que la *stipulatio* sera *certi* ou *incerti*), et que les causes de cette *stipulatio* — la *provisio* et la *valuta* — seront des obligations, des prêts, ou des donations.

Nous diviserons donc ce développement en deux parties, consacrées l'une à la *datio*, l'autre à la *promissio*. Puis, nous étudierons successivement, dans la deuxième section, l'influence de la *provisio* et de la *valuta* sur les relations du délégué avec le délégataire, et l'influence de la forme de la stipulation sur ces relations. Le premier point, lui-même, se subdivisera en neuf paragraphes, suivant les différentes

situations qui peuvent se présenter, et auxquelles nous avons fait allusion plus haut.

I

Si la prestation du délégué est une *datio*, la consommation de la délégation n'a lieu qu'au moment où la propriété de la chose est transmise au délégataire. Cette transmission peut avoir lieu par *traditio*, s'il s'agit d'une somme d'argent ou d'une *res nec Mancipi*; elle s'opère par la *Mancipatio* ou *in jure cessio* si la chose est *Mancipi*. Mais ce qu'il est intéressant de faire remarquer, c'est que le délégataire n'acquiert d'action, et le délégué d'exception qu'après que la transmission a eu lieu.

II

Plus fréquente en pratique et plus intéressante à étudier est l'hypothèse où le délégué fait seulement une promesse au délégataire. Comme nous l'avons déjà vu en étudiant l'exécution du *Jussum*, cette *promissio* peut s'opérer soit par une *expensilatio*, soit par une *stipulatio*, soit par une *litis contestatio*. Le critérium du choix d'une forme ou d'une autre, a été également exposé plus haut. Il faut ajouter ici que, dans la pratique, on employait bien rarement la *litis contestatio* ou le contrat *litteris* (*expensilatio*). Presque

tous les textes relatifs à la matière, parlent seulement de la *stipulatio*. Et justement, à cause de cette circonstance, nous croyons qu'il est plus scientifique d'envisager les relations du délégué avec le délégataire en supposant que la forme de la *promissio* est la *stipulatio*.

PREMIER POINT

L'INFLUENCE DE LA PROVISION ET DE LA VALUTA SUR LA STIPULATION DU DÉLÉGATAIRE.

a). *Provisio-solvendi ; valuta-solvendi.*

Ici, trois situations différentes peuvent se présenter :

1^o La *provisio* est nulle, *ipso jure* ou *exceptionis ope*, la *valuta* étant valable. — Il est possible que le délégué connaisse ses moyens de défense contre le délégant, et que, cependant, il s'oblige envers le délégataire. Cela suppose de sa part la renonciation à toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant. On peut remarquer que cette renonciation peut-être tacite ou expresse. Un cas intéressant de renonciation expresse est celui de la transaction. Si le délégué ne connaît pas ses moyens de défense, il aura contre le délégant une *condictio indebiti pecuniæ*, pour répéter ce qu'il a indûment payé. Pourtant, suivant un texte, il vaut mieux éviter d'opérer un paiement, que dans la suite on

pourrait répéter : *Interesse pecuniam retinere potius quam solutam repetere* (1) Et alors, s'il est plus facile d'exercer l'*exceptio* que la *conditio*, une difficulté peut s'élever, signalée d'ailleurs par Donneau, (2) qui dit : *justa dubitatio hic aliud suadere videtur*, relative aux moyens de défense que le délégué pourrait avoir contre le délégataire. Mais ce doute se dissipe vite à la lecture de quelques textes, notamment de celui d'Ulpien (3), dont voici le contenu : *Sinon debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo exceptio loco non habebit : sed conditio adversus eu ne, qui delegavit competit.*

Ce principe est absolu et s'applique quelle que soit la nature de l'exception ; fut-elle une exception de dol, ou perpétuelle, *jurisjurandi*, ou *rei judicati*, le délégué ne pourra pas l'opposer au délégataire. Il en sera de même, à plus forte raison, des exceptions données en considération de la personne. Par exemple l'*exceptio* sénatus-consulte Macedoniani, dont parle Paul (4), dans la première partie de la loi 19 : *Doli exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est in cæteris similibus exceptionibus ; imo et in ea, quæ ex senatus consulto familias datur.* La raison de

1. Loi 15. D. lib. 46. tit 1.

2. Lib. XVI. *De novationibus et delegationibus.*

3. Loi 13 lib 38 *ad Edictum* (D. lib. 46. tit. 2).

4. Loi 19, lib. 69, *ad Edictum* (D. lib. 46, tit. 2).

ce principe est dans ce fait que le délégataire n'a reçu que son dû ; et encore il est censé l'avoir reçu du délégant, de même que le délégué est aussi considéré comme ayant fait sa prestation au délégant.

2. La *valuta* est nulle, *ipso jure* ou *exceptionis ope*, la *provision* étant valable. — Dans cette deuxième situation, il semble, à première vue, que le délégué pourrait opposer au délégataire l'exception de dol, parce que, vraiment, celui-ci a commis un dol en stipulant sans cause. Toutefois cette solution n'est pas admissible, parce que la promesse du délégué a une cause, et une cause valable. De plus, le délégué, en faisant la promesse au délégataire s'est libéré de l'obligation à laquelle il était tenu envers le délégant ; devenant ainsi étranger à celui-ci, il ne pourrait utiliser ses moyens de défense. C'est le sens du texte d'Ulpien (1) : *Interdum intercedendi mulieri et conditio competit ; puta, si contra senatus consultum obligata, debitorem suum delegaverit, nam hic ipsi competit conditio ; quemadmodum si pecuniam solvisset condicerit : solvit enim et qui reum delegat*. Il s'agit d'une *intercessio* faite au moyen d'une délégation. Le débiteur de la femme — valablement engagée — ne pourrait invoquer les moyens de défense que la femme peut avoir contre le délégataire en vertu du sénatus-consulte Velleiani.

1. D. lib. XVI, tit. I, loi 8, § 3, lib. 29, *ad Edictum*.

3° La *provision* et la *valuta* sont également nulles, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*. — En vertu des principes généraux, avec lesquels nous avons fait connaissance en examinant les deux situations précédentes, il résulterait que le délégué ne peut opposer aucune exception au délégataire, étant donné que les rapports du délégué avec le délégant sont étrangers au délégataire, et que les relations du délégant avec le délégataire sont étrangères au délégué. Cependant, la solution contraire est donnée par les textes. Nous citerons à ce sujet les jurisconsultes Julien (1) et Ulpien (2). Le premier dit : *Item si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promissero : petentem doli mali exceptione summovebo : et amplius incerti agendo cum stipulatore, consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.*

De même, le second : *Idemque Julianus ait : si ei quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promissero, petentem doli mali exceptione summoveri debere : et amplius agendo cum stipulatore consequar ut mihi acceptam faciat stipulationem, et habet hæc sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.*

1. D. lib. 39, tit. V, loi 2, § 4.

2. D. lib. 44, tit. IV, loi 7, § 1, lib. 76, *ad Edictum*.

De ces textes, il résulte que le délégué aura contre le délégataire une exception de dol et une *actio incerti* ; que c'est le jurisconsulte Julianus qui a donné pour la première fois ces moyens au délégué ; que cette disposition a été motivée par *l'humanitatis ratio* ; que, enfin, cette *actio* et cette *exceptio* coexistent avec leurs corrélatifs identiques dans les rapports du délégué avec le délégant.

Cette solution est juste, car à l'iniquité résultant du défaut de cause de la promesse, s'ajoute, dans l'hypothèse que nous examinons, une autre iniquité qui résulte du défaut de cause de la stipulation du délégataire. Pourtant, le délégué ne tire pas les moyens de défense, donnés par Julien, des relations qui existent entre le délégant et le délégataire, mais de celles qui existent entre lui et le délégant. Et le doute qu'on pourrait avoir à cet égard à la lecture du texte d'Ulpien : *Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor ejus non fuit : exceptione senatus consulti poterit uti, quemadmodum mulieris fidejussor*, ne résiste pas à un examen plus attentif : l'hypothèse prévue par l'auteur est tout à fait spéciale ; elle regarde la situation de la femme réglementée par le *senatus-consulte* Velléien.

1. D. lib. 16, tit. I, loi 8, lib. 29, *ad Edictum*.

b) *Provisio-solvendi; valuta donandi*

Il y a trois situations à examiner :

1° La *provisio* est nulle, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, la *valuta* étant valable. — D'après les principes du droit civil, on devrait dire que le délégué ne peut pas opposer au délégataire les exceptions qu'il a contre le délégant. Mais Julien (1), suivi par Ulpien (2), décide, au contraire, en vertu de *l'humanitatis ratio*, que le délégué aura une action *incerti* et une exception de dol contre le délégataire. Voici le texte de Julien : *Aliud juris erit si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spononderim ui, cui donare volebas; exceptione enim doli mali tueri me potero, et præterea incerti conditione stipulatorem compellam ut mihi acceptam faciat stipulationem*. La raison en est la suivante : le délégué qui essaye d'éviter une perte est plus digne d'intérêt que le délégataire qui essaye de réaliser un gain. Dans le droit romain toujours, celui *qui certat de damno vitando* a été préféré à celui *qui certat de lucro captando*. La solution donnée par Julien est donc conforme aux traditionnels principes d'équité ;

2° La *valuta* est nulle, *ipso jure* ou *exceptionis*

1. D. lib. 39, tit. V, loi 2, § 3, lib. 60 *Digestorum*.

2. D. lib. 44, tit. IV, loi 7. *Pr.* lib. 76 *ad Edictum*.

ope, la *provision* étant valable. — Dans cette hypothèse, il faut distinguer, au moins en apparence, deux situations :

α) Si la donation est nulle *exceptionis ope*, un texte de Celse (1), refuse au délégué le droit de se prévaloir de ce moyen de défense, qui appartient au délégant. Le voici : *Sed si debitorem meum tibi donationis exceptione, necne, tractabitur ? Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest : Quia perinde sum, quasi exactam a debitore mea summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris.*

Il s'agit d'une donation qui tombe sous les prévisions de la loi Cincia, dont l'exception qui porte le même nom ne pourrait pas être opposée par le délégué au délégataire : en effet, la stipulation intervenue entre le délégué et le délégataire est indépendante des deux autres catégories de relations.

β) Si la donation est nulle *ipso jure*, le cas doit être identique au précédent. Pourtant un texte de Julien (2) donne la solution contraire : *Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur : illa cum fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit : Quero, utrum vir eam summam petere debeat, an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset ? Respondi, inanem fuisse eam stipulationem.*

1. D. lib. 39, tit. V, loi 21, lib. 28 *Digestorum*.

2. D. lib., 24, tit. 1, loi 39, lib. 5. *Ex Minicio*.

Il est vrai que ce texte prévoit une hypothèse spéciale. Il s'agit, en effet, d'une donation entre époux, contrat qui a déterminé, en droit romain, beaucoup de mesures exceptionnelles, dont la justification se trouve dans l'aversion qu'avait le peuple romain pour cette espèce de donation.

En d'autres termes nous croyons, avec M. Boratynski, que le délégué ne peut se prévaloir d'aucune espèce d'exception, qui pourrait appartenir dans la présente hypothèse au délégant.

3° La *provisio* et la *valuta* sont nulles toutes les deux, *ipso jure* ou *exceptionis ope*. — Nous appliquerons par voie d'argument *a fortiori* la solution donnée dans l'hypothèse (1).

c) *Provisio donandi; valuta-solvendi.*

1° La *valuta* est nulle, *exceptionis ope* ou *ipso jure*, la *provisio* étant valable. — Il n'y a aucun texte, mais conformément aux principes généraux, en vertu desquels le délégué doit rester étranger aux rapports existant entre le délégataire et le délégant, le délégué ne pourra se prévaloir des moyens de défense du délégant.

2° La *provisio* est nulle, *exceptionis ope* ou *ipso jure*, la *valuta* étant valable; — a). Si la donation est

1. D. 44, tit. 4, loi 5, § 5, lib. 71, *ad Edictum*.

nulle *exceptionnis ope*, un texte de Paul (1) refuse au délégué l'exception contre le délégataire: *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo: non poterit adversus potentem uti exceptione quoniam creditor suum petit.*

β) Si la donation est nulle, *ipso jure*, la stipulation intervenue entre le délégué et le délégataire est nulle aussi, suivant un texte d'Ulpien (2).

Mais il faut se garder de généraliser cette solution: en effet, l'hypothèse dans laquelle celle ci fut donnée est exceptionnelle, comme nous l'avons déjà fait remarquer. Il faut donc admettre que le délégué ne peut pas se prévaloir de la nullité de la donation qu'il fait au délégant.

3° La *provisio* et la *valuta* sont nulles toutes les deux, *ipso jure* ou *exceptionis ope*. — Nous n'avons trouvé aucun texte pour cette situation. Mais, en appliquant les principes généraux, nous croyons que l'obligation du délégué envers le délégataire est nulle: si, en effet, le délégué ne peut pas se prévaloir de la nullité de la provision ou de la *valuta*, le délégataire n'a aucun titre pour faire valoir sa stipulation.

1. D. 44, tit. 4, loi 5, § 5, lib. 71, *ad Edictum*.

2. D. 24, tit. 1, loi 5, § 4, lib. 32, *ad Sabinum*.

d) *Provisio-donandi ; valuta-donandi*

1° La *provisio* est nulle, *ipso jure* ou *exceptionis ope*, la *valuta* étant valable. — Si l'exception est *ope*, le délégué ne peut pas l'opposer au délégataire. Il existe en ce sens un texte d'Hermogenianus (1). S'il y a exception *ipso jure*, on conclut de la même manière, mais par voie d'analogie avec la situation où le délégué fait une donation nulle, *ipso jure*, au délégant, qui est le débiteur valable du délégataire.

2° La *provisio* est valable, la *valuta* étant nulle *exceptionis ope* ou *ipso jure*. — Nous avons déjà remarqué que, dans cette situation, le délégué est obligé valablement envers le délégataire. Il est étranger aux rapports de celui-ci avec le délégant.

3° La *provisio* et la *valuta* sont nulles toutes les deux *exceptionis ope* ou *ipso jure*. — La solution admise par les auteurs est la suivante : le délégué pourrait opposer au délégataire les exceptions dont il lui serait permis de se prévaloir envers le délégant. Et on motive cette solution au moyen d'un argument *a fortiori* tiré de l'hypothèse *solvendi-solvendi*, doublement nulle, au sujet de laquelle le jurisconsulte Julien avait donné la solution dont nous faisons ici l'application.

1. D. lib. 39, tit. 5, loi 33 lib. 6, *Juris*.

e) *Provisio-solvendi ; Valuta-credendi*

Les textes ne prévoient qu'une seule situation :

La *provisio* est nulle, la *valuta* étant valable.

— Et encore les textes prévoient seulement l'hypothèse où la *valuta* est une constitution de dot. Ceci n'a pas d'ailleurs d'importance.

Par argument à simili, on peut étendre la même solution au prêt qui consiste, de même que la dot, en une transmission des choses soumises à la restitution. Un de ces textes est de Tryphoninus (1). Le voici : *Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem, is qui exceptione tutus erat, ne solvat : cogetur ei solvere : et habebit conditionem adversus mulierem, aut patrem, uter eorum delegavit, ob id, quod indebitum marito promisit aut solvit.* Si on refuse au délégué les exceptions, c'est que le délégataire ne s'enrichit plus sans cause, comme dans les cas où le délégant ne lui devait rien, ou voulait lui faire une donation. Et si la stipulation du délégataire a une juste cause, il faut lui reconnaître le droit de valorifier sa créance contre le délégué.

f) *Provisio-credendi ; valuta solvendi*

Il n'existe, à ce sujet qu'un texte (2), qui a prévu la situation suivante : *Si pater tuus, cui te succes-*

1. D. lib. 23, tit. 3, loi 78, § 5, lib. II, *Disputationum*.

2. Loi 5, C. lib. 42, tit. 8 (Diocl. et Maxim.).

sisse proponis, creditori pro Alexandro suscepto nomine certam pecuniam stipulanti spopondit, licet per improbitatem Alexander ei satis non fecit, tamen summæ promissæ nimis improbe solutio negatur. Le délégué ne peut pas se prévaloir contre le délégataire de la mauvaise foi du délégant qui se soustrait à son obligation envers le délégué.

g) *Provisio-credendi; valuta-credendi.*

On peut appliquer le texte précédent par voie d'argument à simili. En effet, la situation du délégué ne peut pas être différente parce que les relations entre le délégant et le délégataire ont changé de nature. Cette dernière circonstance ne peut avoir — comme nous l'avons maintes fois constaté — aucune influence sur le délégué.

h) *Provisio-donandi; valuta-credendi.*

Un texte de Paul (1), relatif à notre hypothèse, refuse au délégué le droit de se prévaloir contre le délégataire des circonstances qui rendent nulle *ipso jure* ou *exceptionis ope*, la donation qu'il fait au délégant.

1. D. 44, tit. 4, loi 5, § 5, lib. 71 *ad Edictum*.

i) *Provisio-credendi, valuta-donandi*

Si la *provisio* est nulle, la *valuta* restant valable, le délégué peut-il invoquer contre le délégataire le fait que le délégant ne veut pas le payer ?

On peut répondre affirmativement par analogie avec la situation *provisio-solvendi* ; *valuta-donandi* dans laquelle l'obligation du délégué envers le délégant était nulle. On appliquera donc les textes bien connus de Julien et de Ulpien.

DEUXIÈME POINT

L'INFLUENCE DE LA FORME DE LA STIPULATION

SUR LES RELATIONS

DU DÉLÉGUÉ AVEC LE DÉLÉGATAIRE

La stipulation que le délégataire fait du délégué peut avoir deux formes : *certi* ou *incerti*. La forme de la stipulation *incerti* est ainsi : *Quidquid Titio te dare oportet id mihi dare spondes*. Voici maintenant la forme de la *stipulatio certi* : *Centum dare mihi spondes*, ou *centum, quod Titio debes, mihi dare spondes*.

Chaque espèce de *stipulatio* est sanctionnée par une action différente, *condictio incerti* ou *condictio certi*. Et, de même, chaque sorte de *stipulatio*

entraîne des conséquences différentes. C'est le côté intéressant de la question. Si la *stipulatio* est *incerti*, le délégué peut invoquer contre le délégataire les exceptions qu'il aurait pu avoir contre le délégant. Et le contraire arrive quand la *stipulatio* est *certi*. D'ailleurs tout cela est parfaitement logique. Quand la *stipulatio* est *incerti*, le délégué ne promet au délégataire que dans les cas, dans la mesure, et sous les modalités auxquels il doit au délégant. Si la convention a été ainsi arrêtée, rien d'étonnant que le délégué puisse se prévaloir contre le délégataire de tous les moyens de défense qu'il aurait eu contre le délégant.

Parmi les quelques textes qui se rapportent à cette situation, nous en citerons un, appartenant au jurisconsulte Julien (1). *Si prior maritus posteriori dotis nomine tanquam debitor mulieris dotem promiserit : non plus quam id quod facere potest, dotis futurum esse.*

Comme on le voit, il s'agit, dans ce texte, d'un mari qui s'étant obligé *dotis nomine*, donc *incerti*, vis-à-vis du second mari de la femme avec laquelle il a divorcé, peut opposer à celui-ci l'exception de compétence *in id quod facere potest* qui est de nature personnelle. Si donc une telle exception peut être opposée au délégataire (second mari), c'est que

1. D. lib. 24, tit. 3, loi 32, lib. 2, *ad Ursejum Ferozem*.

le délégué (le premier mari) ne lui doit que dans la mesure où il est le débiteur de son ex-épouse.

Au contraire, pour la *stipulatio certi*, il est logique que le délégué ne puisse opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait avoir contre le délégant. En effet le délégué s'est obligé pour une somme déterminée, sans aucunement subordonner sa promesse envers le délégataire aux relations existant entre lui et le délégant. Un texte de Paul (1) notamment, a prévu la situation. Nous ne pouvons pas le citer intégralement ; nous nous bornons donc à en transcrire le commencement qui énonce le principe, et la fin qui en donne le motif. *Doli exceptio, quæ poterat deleganti opponit, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est...*

...Quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est : aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur.

Donc, même si le délégataire connaît la nature des relations qui existent entre le délégué et le délégant, il doit feindre de ne pas les connaître. Et s'il doit dissimuler, c'est qu'il n'existe pour lui aucun intérêt, et que par suite l'hypothèse prévue par l'auteur est celle d'une *stipulatio certi*.

Une dernière question.

1. D. 46, tit. 2, loi 19, lib. 69, *ad Edictum*.

Quelle était la forme la plus usitée dans la pratique romaine.

On peut répondre sans aucun doute que c'était la *stipulatio certi*, pour la double raison que voici :

a) *Le principe général* énoncé dans le Digeste à la suite de la définition de la délégation, est que le délégué ne peut pas opposer au délégataire les exceptions qu'il a contre le délégant.

b) *Les dérogations à ce principe*, accomplies, dans certaines hypothèses, par Julien pour la première fois.

Si la *stipulatio incerti* avait été la plus usitée, ni un tel principe ni de telles exceptions n'auraient été nécessaires.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'ancien droit français débute par une grande lacune. Dans les *Leges Barbarorum*, on ne trouve aucun texte relatif à la délégation, sauf les chapitres 126 et 127 de l'Édit de Théodoric, où se trouve rappelé le principe que nul ne peut être délégué contre son gré : *Delegari nemo debet invitus*.

Cette omission peut s'expliquer partiellement par le peu de place que tiennent les obligations en général dans les sociétés primitives, soit à cause de l'insécurité qui caractérise les relations commerciales, soit parce que les groupes familiaux se suffisent à eux-mêmes. Mais ce qui explique surtout cette lacune, dans les sources de l'ancien droit français, c'est le caractère formaliste des contrats qui dissimulent la physionomie des conventions. En effet, dans l'ancien droit français, surtout à ses débuts — et de même que dans le droit romain primitif — on ne peut s'obliger *solo consensu*, mais soit *res*, soit par un contrat *solennel*. En ce qui concerne ce dernier, nous savons

qu'il a été connu par les Francs sous le nom de *fides-facta* ; que les Lombards l'appelaient *wadiatio* ; et qu'à l'époque féodale il était dénommé *plévine*. Au point de vue de leur structure juridique, tous ces contrats solennels n'étaient que des promesses unilatérales solennisées par la remise d'un symbole (fêtu, objet quelconque, serment) faite au créancier par le débiteur. Comme la *stipulatio* romaine, ces actes n'étaient que des formes, des moules, dans lesquels on pouvait couler les conventions les plus diverses. Et nous sommes d'accord avec Pardessus et Heussler suivant lesquels, en ce temps-là toutes nos conventions principales étaient connues ; la preuve en a été donnée pour la novation et le cautionnement.

Il en a été de même, à n'en pas douter, pour la délégation.

*
* *
*

A partir du xvi^e siècle, la question change de face : nous trouvons à profusion des renseignements relatifs à la délégation. C'est que le xvi^e siècle est celui de la renaissance de la civilisation antique, et partant de sa science juridique. On commence à scruter le droit romain où la délégation occupait une place remarquable ; pourtant si ce n'est peut-être Ulpien dans son commentaire de l'Édit, on n'avait jamais fait la théorie d'ensemble de la délégation.

En reconstituant la physionomie antique de notre institution, les glossateurs avaient reconnu, comme un trait essentiel de la délégation, la participation de trois personnes : *Delegatio trium consensum requirit, delegantis, a quo tamen verba non exiguntur... delegati et creditoris*, et la nécessité d'un double élément : le *Jussum* et son exécution. A part cela, tout est innovation, le plus souvent malheureuse, d'ailleurs. Ainsi on confond le *Jussum* avec le mandat ; on ne reconnaît que le *Jussum promittendi* (au lieu de *dandi et promittendi*) ; et surtout on commet deux erreurs, dont la dernière est la plus grossière : d'abord, on confond la délégation avec la cession ; ensuite, on considère la délégation comme une espèce de novation. Cette erreur a été la plus fâcheuse, comme nous allons le voir.

Par contre, l'ancien droit français a apporté à la délégation romaine une modification des plus heureuses. Il s'agit de l'abolition du formalisme. La réforme qui s'est opérée insensiblement a une portée générale, car elle regarde toute la matière des obligations. Désormais, toutes *convenances sont à tenir* ou pour nous exprimer comme le *Livre de Jostice et de Plet* (1) : *Li cuers doit sivre la parole*.

Ce qui, dans le droit romain, n'était qu'une exception, est devenu une règle dans le droit français.

1. I, 2, § 7.

Cette réforme considérable a pour origine non le droit germanique, comme on l'avait cru parfois, mais une erreur d'interprétation du droit de Justinien. En effet, d'après M. Esmein (1), qui ne fait que suivre sur ce point l'opinion de Sohm, le droit germanique n'avait jamais connu les contrats consensuels, mais seulement les *fidesfacta* et les *prestita res*. En tout cas, ce qu'il faut retenir, c'est que cette erreur fut dans le développement du droit, un événement heureux qui lui donna une souplesse jusqu'alors inconnue.

Mais revenons à l'erreur mentionnée plus haut, celle d'avoir considéré la délégation comme une espèce de novation.

Dans le droit romain — nous l'avons vu — la délégation était autre chose qu'un moyen d'éteindre les obligations. Elles atteignait parfois ce résultat, mais accidentellement.

Ce qui, dans le droit romain n'était qu'un accident, est devenu une règle dans l'ancien droit français. Cette erreur a eu les conséquences que voici :

1° D'abord, cette interprétation étroite restreint singulièrement le domaine de la délégation. Au lieu de pouvoir réaliser — comme dans le droit romain — des obligations, des donations, et des avances, elle devra limiter sa fonction aux seules obligations.

1. *Les Contrats dans le très ancien droit français*, p. 6.

2° Ensuite, cette fonction de réaliser des conventions *solvendi causa* s'exercera d'une manière aggravée pour le délégataire. Qu'il y ait transport de créance ou de dette, le créancier n'aura qu'un seul débiteur, le délégué. Le délégant cessant d'être obligé envers le délégataire, celui-ci aura toujours une garantie de moins qu'au cas où la novation ne fût pas intervenue.

3° Enfin, si la délégation n'est qu'une espèce de novation, il faut lui appliquer les mêmes règles qu'à celle-ci, notamment celles qui sont relatives à l'expression de l'*animus novandi*. On l'a tenté, en effet, mais sans aboutir à aucun résultat, car la question était controversée même pour la novation. C'est la controverse célèbre sur la loi 8 de Justinien. Dans un premier système, on disait que l'*animus novandi* peut résulter de toutes les circonstances qui le rendent non douteux. Dans le système contraire, on soutenait que l'intention de nover doit résulter de termes exprès. La controverse dura jusqu'à la fin de l'ancien droit, car nous voyons que Pothier demandait pour l'*animus novandi* de la délégation des termes exprès, à l'encontre de l'opinion générale, qui considérait la délégation comme une sorte de présomption *tantum juris* de l'*animus novandi* : *In delegatione semper novatio inest*. Contre cet adage, adopté par la majorité des auteurs, et qui constituait un grand danger pour les contrac-

tants non prévenus, les praticiens ont vigoureusement réagi.

Étant donné que cette présomption n'était pas *juris et de jure*, ils avaient pris l'habitude d'insérer dans la délégation la clause dérogatoire de non-novation, au moyen de laquelle le délégataire conservait comme débiteur le délégant à côté du délégué. Cette habitude se généralisa tellement, que la délégation novatoire était devenue une véritable exception. Toutefois, les auteurs refusèrent de voir dans cette opération une vraie délégation, mais plutôt une forme dégénérée de celle-ci. C'est la raison qui les avait déterminés à attribuer à cette espèce de délégation le qualificatif d'*imparfaite*. Mais, en dépit de cette infériorité théorique, la délégation imparfaite était devenue dans la pratique ce qu'on peut appeler le droit commun.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

Dans le droit français actuel, la délégation n'occupe qu'une place très restreinte. C'est en passant, que le législateur consacre à notre institution les quelques dispositions tout à fait insuffisantes et qui sont contenues dans les articles 1275 et 1276.

ART. 1275. — La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

ART. 1276. — Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

Dans le premier article, qui est le plus important, on peut remarquer que le législateur de 1804 s'est

inspiré directement de l'œuvre de Pothier. Quoique la question soit encore controversée par suite d'une différence de rédaction existant entre l'article 1271 et l'article 1275, cependant l'opinion de la majorité des auteurs est que les termes exprès sont nécessaires pour la délégation novatoire. Mais cette question est secondaire pour notre sujet. L'article 1275 consacre deux sortes de délégations ; c'est le point essentiel : a) la *délégation imparfaite* (non novatoire) qui est devenue le droit commun, et b) la *délégation parfaite* (novatoire) qui n'existe qu'exceptionnellement. L'article 1276 vise seulement cette dernière, à savoir les cas éventuels où le délégataire garde un recours contre le délégant. Dans la suite de notre exposé, nous nous occuperons exclusivement de la délégation imparfaite.

* * *

Avant d'entrer dans les détails du sujet, une remarque sur le mot d'imparfaite. La loi se tait à cet égard. C'est la doctrine qui a attribué, bien maladroitement, ce qualificatif à notre institution, car il donne lieu à deux équivoques tout à fait regrettables.

I. — En premier lieu le mot « imparfait » fait croire à une *infériorité*, par l'inévitable comparaison qu'on est tenté de faire avec son antithèse « parfait ».

Or, au point de vue des principes, comme d'ailleurs au point de vue de la pratique, l'espèce de délégation qui l'emporte est celle qu'on appelle si improprement « imparfaite ».

II. — En second lieu, le mot « imparfait » fait croire à un état *d'inachèvement*. Or, la délégation, quoique « imparfaite », n'en est pas moins une délégation, c'est-à-dire une convention conclue, une opération juridique qui n'est plus un projet (*inchoata*) en un mot, quelque chose de définitif.

Cependant, comme il y a deux espèces de délégations, bien distinctes, il faut donner un qualificatif à chacune d'elles, afin de les mieux individualiser. Nous estimons préférable la terminologie allemande qui évite les inconvénients signalés plus haut. En effet, les Allemands appellent la délégation imparfaite *reine* (simple), et la délégation parfaite *titulirte* (qualifiée).

Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, cette discussion sur les dénominations des deux espèces de délégation, concerne uniquement la doctrine, puisque la loi évite de les employer l'une et l'autre.

CHAPITRE PREMIER

LA DÉLÉGATION IMPARFAITE COMME CONVENTION

La délégation imparfaite est avant tout une convention. Il importe donc de l'envisager d'abord à ce point de vue. Nous savons que toute convention pour être parfaite, doit comprendre quatre éléments : capacité, consentement, objet et cause.

§ 1. — De la capacité

La délégation ne se distinguant à ce point de vue par aucun trait particulier, il ne nous reste qu'à faire application du droit commun. Nous n'insisterons donc pas.

§ 2. — Du consentement

Cette question est autrement intéressante, et nous l'envisagerons sous un quadruple aspect : *des personnes*, entre lesquels ils s'échange ; *du moment* auquel

doivent se rencontrer les consentements des diverses personnes; *des modalités*, dont la délégation imparfaite est susceptible; et enfin, de la *forme*, que peut prendre le consentement.

A. — Des personnes

La délégation pour exister à besoin du consentement des trois personnes, qui participent à cette opération :

I. — Car, le consentement du délégant faisant défaut, l'opération ne peut être une délégation, mais une *expromissio*.

II. — Si c'est l'adhésion du délégué qui manque, l'opération a le caractère d'une *cession*.

III. — Enfin, si c'est le consentement du délégataire qui fait défaut, l'opération ne créant aucun lien obligatoire entre le délégué et le délégataire, ne peut être qu'une *indication de paiement*.

B. — Du moment

Voici la question qui se pose à ce point de vue :

Est-il nécessaire que le consentement des trois parties soit simultané ou non ? Cette controverse a été soulevée par un jugement du tribunal de la Seine (1),

1. 4 mars 1892, *Gazette Trib.*, 3 et 4 octobre 1892.

A. Badareu Tomsa

qui dit dans son exposé de motifs : « Attendu, d'une part, que, pour qu'il y ait eu délégation proprement dite, dans le sens de l'article 1275 du Code civil, *il aurait fallu le concours simultané du délégant, du délégué et du délégataire*, ce qui ne s'est pas produit dans l'espèce. »

Ce jugement est étrange, car d'après les principes généraux, c'est la solution contraire qui s'impose. Et nous ne pouvons avoir recours à d'autres principes, attendu que les dispositions spéciales font défaut. Quand une convention se conclut entre deux ou plusieurs parties, deux situations peuvent se présenter : Ou toutes les parties sont présentes, et, si elles tombent d'accord, le consentement sera donné simultanément ; ou elles ne sont pas toutes présentes, et alors le consentement sera non-simultané. Dans cette seconde situation, le consentement peut se manifester sous la forme de l'offre et de l'acceptation, qui est un moyen juridique tout à fait valable.

Si donc on exige — comme fait le jugement du tribunal de la Seine — que le consentement soit simultané, et comme aucune disposition spéciale ne déroge aux principes généraux que nous avons exposés plus haut — il résulterait que l'offre et l'acceptation, sont un moyen juridique non valable — ce qui est absurde.

Et nous pouvons corroborer ce raisonnement par

l'opinion de Larombière (1), par une jurisprudence de la Cour de cassation (2), et enfin, par l'opinion de Laurent (3), qui dit à ce sujet. « Faut-il que toutes les personnes intéressées dans la délégation consentent simultanément? La négative est évidente; la loi n'exige pas le concours simultané du délégant, du délégué et du délégataire, et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Il s'agit d'une convention, et cette convention se forme, comme toute convention, par l'offre et l'acceptation; l'acceptation peut suivre l'offre. »

Le principe de la non-simultanéité une fois admis, il faut examiner de plus près le mécanisme de l'offre et de l'acceptation dans la délégation. Nous constatons que trois situations différentes peuvent se présenter, suivant que l'offre est faite par le délégué et le délégant; par le délégant et le délégataire; ou, enfin, par le délégué et le délégataire. Mais ce dernier cas est très rare dans la pratique, parce que d'habitude — conformément d'ailleurs à la définition même — le délégant est le promoteur de l'opération. Au contraire, l'hypothèse la plus fréquente dans la pratique est celle où :

1. *Théorie et pratique des obligations*, t. 5, p. 25.

2. *D. P.* 84, 1, 367, 5 févr. 1884.

3. *Principes de Droit civil*, vol. XVIII. p. 337.

I

Le délégué et le délégant font l'offre au délégataire

a) En ce qui concerne l'offre, nous n'avons rien à dire, sinon que le pollicitant a la faculté de retirer son offre avant qu'elle ait été acceptée. C'est le droit de révocation. Nous adoptons, à ce point de vue, le raisonnement de Laurent (1) « : Le délégant peut révoquer son offre tant que son créancier ne l'a pas acceptée. Cela est incontestable. On demande s'il faut le consentement du délégué. S'il y a eu convention, qui constitue l'offre, elle ne peut être révoquée que par le concours de volonté de ceux qui l'ont formée ; c'est le droit commun (art. 1134), et nous sommes sous l'empire du droit commun ».

La jurisprudence (2) est aussi du même avis que Laurent.

b) Il nous faut insister davantage sur l'acceptation de l'offre. D'abord, il est intéressant de constater que la jurisprudence souligne d'une façon particulière la nécessité de cette acceptation. La chose se comprend facilement, car, précisément, c'est l'acceptation du délégataire qui distingue la délégation de la simple indication de payement. Les deux institu-

1. *Op. cit.*, vol. XVIII, p. 338.

2. C. Bordeaux, 3 mai 1832. D. *Obl.* 2472.

tions n'ont pas la même valeur obligatoire, et par tant leurs conséquences sont très différentes. Toute la jurisprudence est d'accord sur ce point (1).

Observation. — En ce qui concerne l'acceptation, une question très importante se pose : Peut-on accepter *post-mortem*? Le délégataire peut-il accepter après la mort du délégant ; et les héritiers du délégataire peuvent-ils accepter après la mort de celui-ci? Il y a un monument de jurisprudence qui admet l'acceptation *post-mortem* dans l'hypothèse du prédécès du délégant. C'est un arrêt de la Cour royale de Montpellier, qui dit dans son exposé des motifs : « ... Que l'acceptation faite par les A... *avait rétroagi* au jour du contrat ;...

» ... Qu'en effet, il résulte de la combinaison des articles 1690 et 1691 du Code civil que l'ouverture d'une succession bénéficiaire ne met pas obstacle à la notification d'un transport ou à l'acceptation d'une délégation. »

Cet arrêt a été vivement critiqué par Laurent qui dit, à ce propos : « Cette décision est contraire aux principes qui régissent le consentement. L'obligation n'existe que lorsque les parties intéressées ont consenti ; or leur consentement ne peut se donner d'une manière efficace que lorsque toutes les parties sont

1. Cass., 2 juillet 1867. *D. P.* 68, 1, 22-23 ; Cass., 8 févr. 1888. *D. P.* 88, 1, 372 ; Douai, 21 mars 1891. *D. P.* 92, 2, 549.

capables de consentir ; si l'une d'elles est décédée, le concours de volontés ne peut plus avoir lieu. »

Et, plus loin, pour combattre l'argument de la rétroactivité invoqué par la Cour, il ajoute : « Quant à la prétendue rétroactivité de l'acceptation, elle est purement imaginaire. Conçoit-on que je sois créancier ou débiteur avant d'avoir consenti ? »

Nous adoptons entièrement l'opinion de Laurent, et nous dirons donc — comme conclusion de cette discussion — que dans la délégation, il ne peut pas être question d'une acceptation *post-mortem* valable.

II

Le délégant et le délégataire font l'offre au délégué.

Dans cette hypothèse nous n'aurions qu'à répéter ce que nous avons déjà dit dans l'hypothèse précédente ; bien entendu *mutatis-mutandis*.

C. — Les modalités.

Il n'y a qu'à faire application du droit commun. Le consentement est susceptible d'être affecté d'un terme ou d'une condition.

D. — La forme.

Comme la forme de l'offre ne présente aucun intérêt nous nous occuperons seulement de la forme de

l'acceptation. Cette question doit être envisagée à deux points de vue : Entre les parties et vis-à-vis des tiers.

I

Entre les parties

Suivant une première opinion, l'acceptation de la délégation doit se faire toujours d'une manière expresse. Et d'après une jurisprudence isolée de la Cour d'Orléans (1), il faudrait même que l'acceptation résulte d'un acte authentique notifié au délégant et au délégué. Elle ne saurait résulter par exemple ni d'une *opposition* dans laquelle le tiers n'a pas pris la qualité de délégataire, ni d'une *demande en collocation*, non notifiée au délégant, quoique faite en qualité de délégataire. Mais, comme nous l'avons déjà dit, cette opinion reste isolée. En général, c'est l'avis contraire qui prédomine tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. En ce qui concerne cette dernière, nous donnerons l'opinion des plus grandes autorités du droit français contemporain. Demolombe (2) dit : « L'acceptation, du reste, peut être tacite aussi bien qu'expresse ; elle n'est soumise à aucune condition spéciale ; et elle demeure sous

1. 3 juillet 1847. Weiss., 5355 vol. 42, *Pand. fr. et D.* 2477, *Obl.*

2. *Op. cit.*, vol. XXVIII, p. 220.

l'empire des règles du droit commun qui gouverne les manifestations de volonté. »

Aubry et Rau (1) : « Mais si une décharge expresse du créancier est nécessaire pour opérer novation, une acceptation expresse n'est pas requise, pour lui faire acquérir un droit irrévocable au bénéfice de la délégation. Cette acceptation peut n'être que tacite, conformément aux règles générales sur les manifestations de volonté. » Il va de soi que la même règle est applicable aussi à la délégation imparfaite. Laurent (2) : « L'article 1275, en tant qu'il exige une déclaration expresse de volonté pour opérer novation, n'est pas applicable à notre question ; nous ne supposons pas de novation, nous demandons seulement quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait délégation, et cette question est décidée par les principes généraux qui régissent le consentement. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Le consentement tacite suffit. C'est aux tribunaux de décider si les faits que l'on allègue impliquent le consentement. Quand il n'y a pas novation, l'acceptation du créancier s'admet très facilement ; il conserve ses droits contre son ancien débiteur et il acquiert un débiteur nouveau. Cela ne veut pas dire cependant, que son consentement se présume ; le

1. *Droit civil*, vol. IV, p. 220, n. 41.

2. *Op. cit.*, vol. XVIII, p. 339.

consentement peut être tacite, il n'est jamais présumé ».

La jurisprudence est aussi du même avis, dans presque tous les cas. Nous allons en donner les preuves les plus importantes.

a) Cassation 24 juillet 1889 (1) : L'acceptation des délégataires peut être tacite, et résulter de ce fait, par exemple, qu'ils ont perçu régulièrement les intérêts de leurs créances. « ...Attendu que cette manifestation de volonté n'est soumise à aucune condition de forme spéciale ; qu'elle pouvait même être tacite. »

b) Cassation, 9 juillet 1834 (2) : L'acceptation du créancier peut résulter de la concession d'un délai, de la réquisition d'une inscription, de la réception d'une partie de la créance.

c) Cassation, 27 février 1856 (3) : L'acceptation peut résulter de ce fait que les quittances d'arrérages constatent que le paiement a été fait en exécution de la délégation.

d) Cassation, 7 mars 1863 (4) : L'acceptation du délégataire peut résulter de ce qu'il a demandé au délégant le privilège du vendeur.

e) Montpellier, 1^{er} août 1832 (5) : L'acceptation

1. D. 89. 1. 395.

2. Weiss, *op. cit.*, vol. XLII, n° 5339.

3. Weiss, *op. cit.*, vol. XLII, n° 5340.

4. Weiss, *op. cit.*, vol. XLII, n° 5341.

5. Weiss, *op. cit.*, vol. XLII, n° 5342.

peut résulter encore des poursuites faites au nom de la délégation.

f) Cassation, 14 février 1865 (1) : « Le tiers auquel le prix d'un immeuble a été délégué dans l'acte de vente, doit être considéré comme ayant accepté la délégation, et, dès lors, le débiteur qui le paye au moyen des fonds prêtés, peut subroger le prêteur dans les droits du délégataire, si ce dernier, en recevant le paiement, a donné une quittance subrogatoire, une telle quittance impliquant l'acceptation de la délégation. »

g) Tribunal de commerce de Marseille, 20 juillet 1887 (2) : Une société de navigation cède une partie de son matériel — affecté au service des intérêts et à l'amortissement des obligations émises par elle — à une autre société, avec délégation du prix convenu en faveur des obligataires ; dans ce cas, l'acceptation de cette délégation par les obligataires peut résulter de ce qu'ils n'ont pas demandé tout de suite l'exigibilité de leurs créances ou qu'ils ont touché du débiteur délégué.

h) Aix, 12 avril 1886 (3) : L'acceptation peut résulter de la quittance donnée nominativement au délégué par les créanciers hypothécaires.

1. *D. P.*, 1865, 1254.

2. *Weiss, op. cit.*, vol. XLII, n° 5344.

3. *Journ. jurispr. Marseille*, 1888, p. III, *Weiss, op. cit.*, vol. XLII n° 5345.

i) Douai, 14 novembre 1829 (1). L'acceptation peut résulter de ce que l'acte de la délégation a été écrit de la main du délégataire, de ce qu'il se trouve en sa possession, ou enfin de ce qu'il demande son exécution.

Seulement, dans cette jurisprudence constante sur la validité de l'acceptation tacite, il y a, tout au moins en apparence, un léger désaccord sur la prise de l'inscription comme moyen d'acceptation tacite. Nous avons vu qu'une jurisprudence de la Cour de cassation du 9 juillet 1834 admet ce rôle de l'inscription. A cette jurisprudence, on peut en opposer d'autres, en particulier celle de la Cour de cassation du 7 mars 1865 (2) : Le délégataire ne peut pas prendre inscription sur les biens du délégué s'il n'a pas accepté la délégation ; en conséquence une inscription ultérieure ne peut racheter l'absence d'acceptation.

En d'autres termes, l'inscription suppose toujours l'acceptation, et celle-ci ne saurait résulter de celle-là.

Cette décision a été motivée par ce fait que l'inscription constitue l'exercice d'un droit — qui nécessairement est antérieur à l'exercice — que par conséquent, ce serait une pétition de principe d'admettre que l'existence d'un droit résulte de son exercice.

1. *Table gén.*, Douai, *Délég.*, 1898, p. 111 ; Weiss, *op. cit.*, vol. XLII, n° 5346.

2. *D. P.*, 1865. I. 121.

Cette argumentation, si logique en apparence, ne résiste pas à une analyse approfondie. En effet, l'inscription, en tant qu'exercice d'un droit, ne saurait donner naissance à ce même droit. Donc, nécessairement, le droit du délégataire, et partant, son acceptation, sont antérieures à l'inscription. Seulement, l'acceptation ne peut pas être révélée jusqu'à l'inscription puisque, par hypothèse, il s'agit d'une acceptation tacite. En d'autres termes, l'adhésion du délégataire existe jusqu'à l'inscription comme un acte purement psychologique, et après l'inscription, comme un acte prouvé, comme un acte juridique. On voit donc que l'inscription joue un double rôle : celui de l'*exercice* et celui de *preuve* du droit.

L'erreur de la jurisprudence de la Cassation de 1865 est de n'avoir remarqué que le premier rôle.

D'ailleurs, si l'argumentation de cette jurisprudence avait été exacte, sa portée aurait été considérable, car on aurait pu la répéter dans tous les cas d'acceptation tacite (1).

II

De la forme de l'acceptation dans les rapports des parties avec les tiers

Cette seconde question est aussi controversée. Suivant une première opinion, la délégataire n'est

1. Voy. Hubert, *op.*, cit. p. 118.

saisi, à l'égard des tiers, que dans le cas de l'acceptation résultant d'une signification adressée au délégué, ou dans le cas d'une acceptation du délégué, contenue dans un acte authentique. C'est l'exigence maximum.

Dans une seconde opinion, l'acceptation est valable vis-à-vis des tiers, si elle est constatée dans un acte sous seing privé ayant date certaine. C'est l'exigence minimum.

Cette dernière opinion n'est que l'application du droit commun à la délégation, tandis que la première repose sur l'application extensive de l'article 1690 du Code civil propre à la cession.

Puisque toute cette discussion est dominée par l'application de l'article 1690 à notre matière, nous croyons utile d'insister un peu sur la raison d'être de cet article. Dans le droit romain, la signification introduite par l'empereur Gordien, et qui n'est que l'application du droit commun, avait pour fondement la nécessité du consentement du débiteur cédé. Dans l'ancien droit, le motif romain ne subsistait plus, puisque la créance pouvait se transmettre comme toute autre valeur patrimoniale, par simple accord des deux parties cédant et cessionnaire. La signification subsista toutefois, mais pour un autre motif: elle était l'équivalent de la tradition, sans laquelle on ne pouvait concevoir nulle aliénation.

C'était donc une nécessité de forme. Dans le droit

moderne, la raison d'être de la signification est la nécessité de publicité ; mais encore cette publicité est-elle tout à fait fictive, et donne-t-elle lieu à des conséquences fâcheuses.

D'après M. Wahl, l'article 1690 est une inadvertance ou la preuve d'un trop grand respect pour la tradition, Dans la plupart des législations modernes, cette disposition a été supprimée (D^t Allemand p. ex).

La Cour de cassation incline vers le système de l'assimilation de la signification à la simple connaissance ; mais cette tendance est encore hésitante, car la Cour fait beaucoup de distinctions, d'ailleurs peu logiques et peu pratiques. En dehors de ce système, de l'assimilation de la signification avec la connaissance, on ne peut en concevoir qu'un seul, celui de renforcer la publicité au moyen d'un registre tenu au greffe, quelque chose d'analogue donc à la transcription (1). Par suite de ce vice, même les partisans de l'application de l'article 1690 à la délégation, ne sauraient invoquer l'analogie de nécessité de publicité ; elle est, en effet, dérisoire. M. Vahl (2), l'un des défenseurs les plus résolus du système de l'extension de l'article 1690, invoque la raison suivante : « Ici, c'est le débiteur primitif qui intervient, pour transmettre à son créancier la créance qu'il avait sur un tiers ; la délégation contient donc une cession de

1. Note Sirey 98. 1. 113. Cass. 7 juil. 1897.

2. Note Sirey, 99. 1. 465. Cass. 23 nov. 1898.

créance ». Et plus loin : « Mais c'est, en tout cas, une cession de créance, puisque la créance du débiteur primitif sur le nouveau débiteur passe au créancier ».

M. Larombière (1) dit dans le même sens : « Quoiqu'il en soit, dans la délégation parfaite (2), le délégataire n'est saisi à l'égard des tiers, de même que le cessionnaire; que par l'acceptation du délégué dans un acte authentique (1690). Et ces tiers sont les autres créanciers du délégant, soit les nouveaux délégataires, ou cessionnaires. Mais il est également saisi par la significasion qu'il fait de la délégation au délégué, soit pour suppléer son acceptation, soit pour la compléter, à l'égard des tiers, si elle a eu lieu seulement par acte sous-seing privé ».

De même Toullier (3) : « Il faut même que son acceptation soit faite par un acte authentique (1690), pour produire son effet à l'égard des tiers, tels que les autres créanciers du délégant. Une acceptation sous seing privé ne suffirait pas, parce que n'ayant point de date certaine (1328), le délégant et le créancier délégataire resteraient maîtres de lui donner telle date qu'ils voudraient, au préjudice des autres créanciers. A plus forte raison, une acceptation tacite serait insuffisante, comme si le délégué avait payé quelques sommes à valoir à la créance du créancier

1. *Op. cit.*, vol. 5, p. 32.

2. Donc, à plus forte raison, en cas de délégation imparfaite.

3. *Droit civil*, t. VII, p. 351, n° 288.

indiqué ; car le paiement n'est censé fait de la part du délégué, que pour s'acquitter envers le délégant, et comme son mandataire. »

Aubry et Rau (1) ont la même opinion : « Mais cette disposition (1690) reste applicable à la délégation, tant qu'elle n'a pas été suivie de la décharge du débiteur originaire du délégataire ». C'est-à-dire que l'article 1690 s'applique à la délégation imparfaite.

Aussi plusieurs jurisprudences, soutiennent-elles la même chose. Un arrêt de la Cour d'Agen (2) décide que la délégation sous seing privé ne produit effet, à l'égard des tiers, que du jour de l'acceptation authentique du délégataire, ou de la signification, par lui faite, de cette délégation au débiteur délégué ; si donc, avant cette acceptation ou signification, et après avoir révoqué la délégation, le délégant cède ou transporte la créance à un tiers qui a fait signifier ce transport au débiteur, ce tiers doit être payé de préférence au délégataire, et bien que celui-ci ait fait enregistrer, avant le transport, l'acte contenant la délégation révoquée. Une jurisprudence de la Cour de Dijon (3) affirme de même que l'acceptation doit avoir lieu par acte authentique, et que l'acte sous

1. *Op. cit.*, t. IV, éd., 1902, p. 362 n° 39 bis.

2. 2 décembre 1851, *D. P.*, 52-2-26.

3. 9 février 1847. Weiss, *op. cit.*, vol. XLII, n° 53-54.

seing privé, même ayant date certaine, ne saurait suppléer l'acte authentique.

Un arrêt de la Cour de Douai (1), dit aussi que la délégation d'une créance, faite par une société à un de ses créanciers, ne s'opère que pour la partie de la créance dont la délégation a été acceptée et notifiée.

Nous allons donner à présent quelques citations des meilleurs auteurs qui soutiennent l'opinion contraire.

Demolombe (2) : « La délégation est un mode d'extinction de la dette, à l'instar du paiement : et le délégué, après s'être obligé envers le délégataire, se trouve libéré par la quittance du délégant, de même que s'il l'avait payé. Or, le débiteur, qui a payé, est libéré même envers les tiers, sans emploi de la formalité prescrite par l'article 1690. Car dans l'un comme dans l'autre cas, la dette n'est pas cédée, elle est éteinte ! (art. 1271 et 1273). Ce qui est vrai, c'est que les tiers peuvent être fondés à critiquer le paiement et à soutenir qu'il doit être, en ce qui les concerne, regardé comme non venu, lorsqu'il leur a causé un préjudice injuste, en les induisant en erreur par une faute imputable à celui qui a payé (arg. de l'art 2031 ; comp. le tome IV de ce traité, nos 83 et 381). »

1. 21 mai 1891. *D. P.* 92, 2, 549.

2. *Op. cit.*, vol. XXVIII, p. 234.

Laurent (1) : « Dans quelles formes l'acceptation doit-elle se faire ? La loi ne prescrit aucune forme ; c'est-à-dire que l'on reste sous l'empire du droit commun, d'après lequel les actes ne servent que de preuve ». Et plus loin, il ajoute : « A plus forte raison ne peut-il pas être question d'appliquer l'article 1690 lorsque, comme Toullier le suppose, la délégation n'emporte pas novation. Dans ce cas la délégation consiste uniquement dans une adpromission d'un nouveau débiteur, sans que l'ancien soit déchargé. Cette adpromission est-elle une cession ? Il se peut qu'elle soit faite sous forme de cession, si le débiteur cède à son créancier une créance qu'il a contre un tiers ; alors il faut naturellement, pour que le cessionnaire soit saisi, à l'égard des tiers, qu'il remplisse les formalités de l'article 1690. Mais qu'on le remarque bien, ce n'est pas là une délégation ; la cession est une dation en paiement si le créancier décharge son débiteur, sinon elle équivaut à la remise d'un billet.

» La délégation proprement dite n'existe que si le tiers délégué s'oblige envers le délégataire et devient son débiteur ; elle n'a rien de commun avec la cession et, par suite l'article 1690 est inapplicable. »

M. Hubert (2) invoque, contre l'application de

1. *Op. cit.*, vol. XVIII, *loc. cit.*

2. *Op. cit.*, p. 123.

L'article 1690, deux catégories d'arguments : d'abord, la délégation n'est pas une cession. Ensuite, il n'y a aucune analogie entre les motifs qui ont déterminé l'introduction de l'article 1690 en matière de cession, et celle qui pourraient justifier une telle extension en matière de délégation. En effet, le délégué n'est pas un tiers comme le cédé, mais une partie à l'acte ; en outre, la nécessité de publication ne justifierait pas une telle extension, car cette publicité est fictive.

Garsonnet (1) : « L'article 1690 ne s'applique pas non plus à la délégation imparfaite, quoiqu'elle n'entraîne pas novation, car il ne vise pas que la cession de créance où le créancier change, le débiteur restant le même, et doit, par conséquent, rester étranger à une opération toute différente, où le créancier reçoit un nouveau débiteur. »

L'argumentation de M. Garsonnet n'est pas très exacte, quoique la conclusion, à laquelle il aboutit, constitue la véritable solution du problème. En effet, cet auteur considère que l'article 1690 n'est pas susceptible d'application en matière de délégation, parce que celle-ci ne comprend pas une cession de créance, (changement de créancier) mais une cession de dette (changement de débiteur) ; Or, l'article 1690 est fait pour la cession de créance.

Nous répondrons que la délégation peut avoir pour effet le transport de la créance, aussi bien que

1. Note S. 92. 1. 297.

celui de la dette, suivant que le délégant entend transporter : soit au délégataire la créance qu'il a contre le délégué, soit au délégué la dette qu'il a contractée envers le délégataire.

Que devient alors cette argumentation ?

Si la délégation n'est pas soumise aux formalités de l'article 1690, ce n'est pas parce qu'elle a pour effet le transport d'une dette ; c'est parce que ce transport (qui peut être d'une créance aussi bien que d'une dette) s'opère tout autrement qu'en matière de cession, en un mot, parce que la délégation n'est pas une cession.

Nous aurons d'ailleurs plus tard l'occasion d'examiner les traits distinctifs de ces deux institutions juridiques.

Encore une observation.

M. Garsonnet, quoique aboutissant à une conclusion opposée à celle à laquelle arrive M. Wahl, commet toutefois la même erreur que celui-ci, car il suppose que le transport d'obligation opéré par la délégation est une véritable cession. C'est assez singulier, car M. Garsonnet montre, avec une merveilleuse clarté, toutes les différences qui existent entre la délégation et la cession ; il les considère — à juste titre — comme des institutions juridiques nettement séparées, même quand leur rôle économique est le même.

Il est presque superflu d'ajouter, que nous adop-

tons le système qui n'admet pas l'application de l'article 1690 du Code civil à la délégation, pour toutes les raisons données par les auteurs éminents que nous avons si longuement cités, dans la conviction que c'est le moyen le plus sûr d'exposer une controverse.

§ 3. — L'objet

Conformément aux règles du droit commun, l'objet doit être certain, licite et possible. Il peut consister en une obligation de donner.

La matière de l'obligation de donner peut être une valeur immobilière ou mobilière ; cette dernière peut être une chose corporelle ou incorporelle.

§ 4. — La cause

Nous savons que la cause d'une obligation est son motif immédiat ; que cette cause est autre chose que le motif du contrat, qu'on peut définir la cause de la cause ; et, enfin, qu'elle consiste dans l'obligation de l'autre partie en matière de conventions synallagmatiques, dans la prestation (*res*) pour les conventions unilatérales à titre onéreux, et dans l'intention libérale, quand il s'agit de donations. Toute cette théorie de la cause — œuvre du jurisconsulte Domat — est une conception hétérogène, fausse et inutile, que les

législations les plus récentes (allemande et suisse) ont frappée de déchéance en matière d'obligations, pour la transplanter en matière de possession : elle occupait d'ailleurs cette place dans le droit romain, d'où le jurisconsulte Domat avait prétendu tirer ses arguments. Dans le droit français, toute obligation doit avoir une cause qui présente normalement les deux caractères suivants : a) Elle est unique ; b) Elle intervient toujours entre les mêmes personnes rattachées par le lien obligatoire. Sur ces deux points, la délégation fait exception. Nous avons vu, en effet, que l'obligation du délégué envers le délégataire a pour motifs les conventions, les arrangements, qui interviennent d'une part entre le délégué et le délégant et de l'autre entre le délégant et le délégataire ; car le délégué faisant la prestation au délégataire est censé la remettre au délégant ; et le délégataire acceptant la prestation du délégué est censé la recevoir du délégant. *Il y a donc, double dérogation. Au lieu d'être internes, les causes sont externes ; et, au lieu d'une seule cause, il y en a deux.*

CHAPITRE II

LA DÉLÉGATION IMPARFAITE

COMME CONTRAT SPÉCIAL

A ce point de vue particulier, la délégation imparfaite doit être étudiée sous deux aspects : économique et juridique.

§ 1. — La nature économique

Cette question a été presque épuisée, tant dans les « considérations générales » que dans la partie du droit romain consacrée à cet effet, et qui est absolument identique à cet égard au droit moderne.

Rappelons donc que la délégation sert à réaliser d'un même coup deux ou plusieurs conventions distinctes, à économiser donc des déplacements de fonds ; rappelons encore que la prestation du délégué, au moyen de laquelle on opère cette simplification, est faite sur l'indication d'autrui. Rassemblant en une formule toutes ces constatations, nous dirons avec M. Hubert, que la *délégation est une remise de*

valeur faite sur l'indication d'autrui, à la fois pour le compte de l'indiquant et pour celui du remettant, en sorte que cette prestation réalise du même coup deux conventions distinctes.

§ 2. — La nature juridique

Il s'agit de savoir quel est le moyen juridique employé pour réaliser le but économique défini ci-dessus, c'est-à-dire cette remise pour le compte de deux personnes : de l'indiquant et du remettant.

Dans le droit romain, nous avons vu que le moyen juridique employé consistait en un ordre — *jussum* — adressé par le délégant au délégataire ou au délégué. Cette notion de *jussum* peut-elle encore cadrer avec les principes du droit moderne ?

On le croit en Allemagne ; et c'est sur cette idée que sont fondés trois systèmes, suivant qu'il est nécessaire d'adresser le *jussum* soit au délégataire, soit au délégué, soit à tous les deux à la fois. En France, on est d'avis que l'idée de *jussum* est surannée et que le moyen juridique dont il s'agit ne peut être que le mandat. De même qu'en Allemagne, on a érigé trois systèmes, suivant qu'il est nécessaire d'adresser le mandat soit au délégué, soit au délégataire, soit à tous les deux à la fois. Examinons ces deux opinions :

A

Le *jussum* romain n'était qu'une adhésion préalable, donnée par une personne — *jubens* — à un acte fait en son nom, mais sans créer à son égard aucune obligation. Celui qui recevait le *jussum* était un fondé de pouvoir. Cette notion de *jussum* a pour origine la non représentation, qui caractérisait le droit romain. Elle ne peut subsister dans le droit moderne, car elle est contenue déjà dans l'idée de mandat. En effet, le mandat moderne est plus compréhensif que le mandat romain : il contient à la fois la notion d'obligation (mandat romain) et celle d'autorisation (*jussum*). Par conséquent nous n'avons à nous occuper que du mandat.

B

On sait que dans le droit français moderne, le mandat est un acte en vertu duquel une personne appelée mandataire s'impose l'obligation d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne appelée mandant. Si on analyse les relations juridiques existant entre les diverses parties de la délégation, on voit que le délégué et le délégataire ne peuvent être les mandataires du délégant, puisqu'ils agissent, non seulement pour leur propre compte en même

temps que pour celui de délégant, mais surtout puisqu'ils agissent en leur propre nom. Cette dernière considération est capitale : agissant en leur propre nom, il ne peut être question de mandat ordinaire. On pourrait se demander, au moins, s'il ne serait pas possible d'appliquer l'idée de mandat de prête-nom, en vertu de laquelle on agit en son propre nom, mais pour le compte d'autrui. C'est ce qui arrivait précisément pour le mandat romain. Avant de discuter cette question, il faut écarter l'idée d'un double mandat de prête-nom, car alors on aboutirait à l'idée fausse que le délégant est en même temps créancier et débiteur de la même chose. Reste donc à savoir s'il peut être question d'un simple mandat de prête-nom, adressé au délégataire ou au délégué. Quoiqu'en principe rien ne s'y oppose, on se heurte, dans l'application de cette idée, à des faits, à des réalités qui la rendent impossible. D'abord, dans les relations entre le délégant d'une part, et le délégué ou le délégataire de l'autre, on ne voit jamais d'*actio mandati, directa* ou *contraria*.

Ensuite, les soi-disant mandataires ne sont pas seuls à acquérir une action contre les tiers avec lesquels ils contractent (et qui sont respectivement le délégué et le délégataire), mais souvent le délégant acquiert une action contre ces tiers.

Examinons le premier point, le défaut d'actions *mandati* : dans les rapports du délégant avec le

délégué, et si celui ci ne remplit pas son obligation envers le délégataire, le délégant peut l'y contraindre en exerçant non *l'actio mandati directa*, mais l'action du contrat intervenu entre eux. Si, au contraire, le délégué réclame du délégant ce qu'il a payé au délégataire, parce qu'il était faussement obligé envers le délégant, il ne peut exercer *l'actio mandati contraria*, mais seulement l'action pour demander la nullité du contrat.

De même dans les rapports du délégant avec le délégataire, et si celui-ci n'a aucun droit pour demander la prestation du délégué, le délégant n'aura pas contre lui *l'actio mandati directa*, mais l'action née du contrat intervenu entre eux. Et si le délégué ne fait pas au délégataire le paiement auquel celui-ci a droit, le délégataire ne peut pas exercer contre le délégant *l'actio mandati contraria*; car le délégant, étant resté son obligé en vertu du contrat antérieur à la délégation, il n'a qu'à exercer contre lui l'action résultant de ce contrat. Donc, dans toutes les hypothèses, on peut se passer des *actiones mandati*.

Quant au second point, à savoir que le délégant peut avoir une action contre le délégué ou le délégataire, qui contractent ensemble, s'il y a possibilité pour la délégation, il n'en est pas de même pour le mandat de prête-nom. En effet, dans cette espèce de mandat, c'est le mandataire qui acquiert des actions contre des personnes avec lesquelles il contracte, et seule-

ment lui. Or, nous voyons que dans la délégation, le délégant (soi disant mandant) acquiert parfois des actions contre les tiers-délégué ou délégataire. Supposons que le délégataire par exemple, soit le faux créancier du délégant, que le délégué ne doive rien au délégant, et que le délégué ait déjà fait sa prestation au délégataire ; ce n'est pas seulement le délégué qui aura une action contre le délégataire, mais aussi le délégant.

De même, si le délégué ne remplit pas son obligation envers le délégataire, à côté de celui ci, le délégant aura aussi une action envers le délégué.

Conclusion. — Pour les deux raisons données, à savoir le défaut des *actiones mandati*, et les actions acquises par le délégant (le soi-disant mandant) contre les tiers, il ne peut être question de mandat de prête-nom dans la délégation, comme il ne peut être question de *jussum* ou de mandat ordinaire.

C

Quelle est alors la nature juridique
de la délégation ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer deux situations qui peuvent se présenter, quand il s'agit de la conclusion du contrat de délégation.

I. — Toutes les parties sont présentes :

La délégation présente alors un caractère unitaire,

quoique complexe. L'unité vient de ce que l'opération s'accomplit d'un seul trait ; et la complexité résulte de la participation de trois personnes, au lieu de deux comme dans les conventions ordinaires, et dont le consentement est également nécessaire pour la conclusion de l'acte. Dans cette hypothèse, la délégation ne ressemble à aucune autre institution juridique ; *elle se présente donc comme une opération sui generis.*

II. — Deux parties seulement sont présentes, généralement le délégué et le délégant :

Alors, elle perd son caractère spécifique, pour emprunter le caractère de l'offre. L'opération se fait en deux phases : dans la première a lieu une convention entre les deux parties qui font l'offre à la troisième, et dans la seconde phase a lieu l'acceptation de la troisième partie, qui, jusque-là, reste étrangère à l'opération.

Il est intéressant de remarquer qu'il ne saurait y avoir la moindre analogie avec les deux phases qui constituaient la délégation romaine : le *jussum* et l'exécution du *jussum*. La distinction reposait sur une toute autre base : le formalisme. Cette cause unique déterminait deux sortes de subdivisions dans la délégation. D'abord, la distinction sus-mentionnée, car le *jussum* pouvait être un simple pacte, tandis que son exécution devait avoir une forme solennelle. Ensuite la distinction qu'on faisait dans l'exécution

du *jussum*, entre le *jussum dandi* et le *jussum promittendi*; dans le droit romain, en effet, le transfert de la propriété se faisait dans des formes tout à fait différentes de celles qu'on employait pour la conclusion des obligations. En droit moderne rien ne subsiste de tout cela.

D'abord, au lieu du principe romain que *nuda pacta obligationem non parit*, l'ancien droit a institué définitivement l'idée opposée que toutes conventions sont à tenir; ensuite, le seul accord des volontés suffit pour le transfert de la propriété, comme pour la conclusion de l'obligation. Le formalisme du droit romain étant disparu, le champ de la question a considérablement diminué.

CHAPITRE III

LES CONFINS DE LA NOTION

DE DÉLÉGATION IMPARFAITE

La notion de délégation imparfaite a de nombreux points de contact avec d'autres notions juridiques voisines, comme la cession, l'indication de paiement, l'*expromissio*, la subrogation, la stipulation pour autrui, ou la dation en paiement ; par conséquent il faut analyser attentivement les contours de la notion de délégation imparfaite afin de voir où finit son domaine et où commence celui des autres. Nous allons accomplir ce travail en établissant des parallèles entre la délégation imparfaite et les autres institutions sus-mentionnées.

§ 1^{er}. — Comparaison avec la cession

Longtemps on a confondu la délégation avec la cession. Duvergier (1), par exemple, tout en recon-

1. *Vente*, n^{os} 168-169.

naissant que le délégué contractait une obligation nouvelle envers le délégataire, ne considérait la délégation imparfaite que comme une cession. M. Wahl (1) soutient aussi que la délégation imparfaite n'est qu'une cession de créance : le délégant cède au délégataire la créance qu'il a contre le délégué. La jurisprudence, du moins en apparence, professe la même opinion. En effet, un arrêt de la Cour de Dijon (2) dit que la délégation n'est qu'une cession de créance, dans laquelle intervient immédiatement le créancier pour en faire l'acceptation. De même, un arrêt de la Cour de Limoges (3) parle de dation en paiement effectuée par voie de délégation, dans un cas où, manifestement, ils s'agissait de cession. Toutefois, cette confusion faite par la jurisprudence n'est qu'apparente, car c'est seulement une confusion de langage, effet de la communauté d'origine des deux institutions. C'est l'opinion de Remisson, reproduite par Troplong, et que nous considérons comme exacte : « Car le mot cession est un terme générique qui comprend, à la fois, le transport, la délégation et la subrogation, droits différents les uns des autres, mais qui, néanmoins ont entre eux un point de contact, en ce qu'on y voit un nouvel

1. Note S. 99, 1. 465.

2. 9 février 1847.

3. 30 juillet 1891.

individu, mis à la place d'un précédent, pour exercer ses droits (1) ».

Recherchons maintenant à quelle époque s'est manifestée cette divergence. Dans le droit romain, on ne put opérer pendant longtemps le transfert des valeurs à la manière de la cession, qu'au moyen de la délégation. La différenciation n'est apparue que plus tard, quand la cession *solo consensu* est devenue possible.

Quels sont les différences entre ces deux institutions ?

A

Dans la délégation imparfaite nous avons vu qu'il y avait toujours trois contractants : le délégant, le délégué et le délégataire. Dans la cession, il n'y en a que deux : le cédant et le cessionnaire. En effet, le rôle du cédé est secondaire, même quand celui-ci accepte par acte authentique, car, pour opérer la cession, on peut se passer de lui. Et, il est logique, car la cession n'apporte aucune aggravation à la situation du cédé. Il lui est indifférent d'avoir un créancier plutôt qu'un autre ; ce qui est essentiel pour lui c'est la somme à payer. Et celle-ci ne diminue pas par l'effet du changement du créancier.

1. *Privilèges et hypothèques*, vol. I, p. 535.

B

La cession suppose toujours une créance antérieure, tandis que ce caractère n'est pas nécessaire pour la délégation ; la créance peut naître dans le même moment que dans la délégation, par exemple dans le cas, très fréquent, où le vendeur stipule que l'acheteur payera le prix ou une partie du prix à des tiers : c'est une délégation qui naît en même temps que la vente, c'est-à-dire en même temps que la créance qui lui sert de support.

C

La cession est une véritable succession de créance. Les cessionnaire acquiert non seulement la créance du cédant contre le cédé, mais aussi toutes les garanties dont elle était munie : privilèges, hypothèques, cautions, etc. Et le cédé acquiert contre le cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant, sauf une : la compensation en cas d'acceptation de la cession par le cédé (art. 1295). Au contraire, la délégataire n'acquiert en principe, aucune garantie, et le délégué ne peut opposer aucune exception. Le transfert par délégation s'opère sans accessoires et sans exceptions. La différence est éclatante : naturellement cette différence peut être

atténuée et même supprimée par des clauses dérogatoires. Nous examinerons ce point plus tard.

D

Enfin, la quatrième différence, très importante comme la précédente d'ailleurs, consiste en ceci : dans la délégation, le délégant est obligé de garantir la solvabilité actuelle du délégué, tandis que dans la cession le cédant ne répond que de l'existence de la créance au moment de la cession. Pourquoi est-on plus exigeant en matière de délégation ? Parce que les deux institutions n'ont pas le même but. La délégation est une opération conclue en vue de donner au délégataire la garantie qu'il sera payé, tandis que la cession est une spéculation. On ne cède pas pour garantir, mais pour vendre à bon marché une créance, donc pour tirer un profit. Et on conçoit, par conséquent, que celui qui garantit doive plus de soins que celui qui fait une spéculation. Au point de vue pratique, cette différence se traduit par ce fait que les articles 1693, 1694, 1695, ne s'appliquent qu'à la cession.

Mais plaçons-nous au point de vue pratique. Comment peut-on distinguer la délégation de la cession, quand les parties n'ont pas manifesté, d'une manière précise, leur volonté ? Nous dirons en ce cas,

avec Larombière (1) : « Il faut interpréter le contrat par la volonté des parties, le but et le fond de l'acte, plutôt que par le sens littéral des expressions qui ont été employées.

» Il faut surtout s'attacher, dans ce qu'ils ont d'essentiel, aux caractères particuliers qui distinguent la cession de la délégation. Les parties ont-elles entendu, l'une acquérir une créance et l'autre la transmettre ? La perfection du contrat est-elle indépendante de l'adhésion du tiers débiteur ? Y a-t-il un prix payé d'avance ou payable plus tard ? Alors c'est une cession ou une dation en paiement. Mais si les parties ont eu l'intention, l'une de mieux assurer, et l'autre d'obtenir plus facilement le paiement de la créance ; si, pour son entière perfection le contrat suppose l'adhésion d'un tiers débiteur indiqué comme chargé de payer ; si, au lieu d'un prix de transport, il n'y a qu'une créance, qu'un tiers indiqué doit acquitter dans ce cas c'est une délégation. »

Mais supposons qu'il n'y ait aucun signe nous permettant de distinguer la volonté des parties. A quel avis devra-t-on s'arrêter ? M. Edmond Picard (2) répond qu'il faut toujours présumer la délégation, car il est plus naturel de supposer que l'indiquant donne un autre débiteur à son créancier pour ren-

1. *Op. cit.*, p. 31.

2. *Pandectes belges*, V, 29.

forcer chez celui-ci la certitude d'être payé, que de supposer que l'indiquant transporte sa créance dans un but de spéculation.

Il reste un dernier point à examiner, celui des clauses dérogatoires.

On sait qu'en matière d'obligations règne le principe de la liberté, et que la loi ne s'occupe des divers modes de s'obliger que pour substituer à la volonté insuffisante des parties. Dans la pratique, donc, on trouve souvent des conventions qui ne peuvent rentrer complètement dans aucune des divisions de la loi. C'est l'effet de la liberté. Faisant application de ce principe, dans notre matière, on peut déroger soit à la délégation, soit à la cession, de telle sorte que la distance entre ces deux institutions peut s'amoindrir et même être supprimée. En partant, par exemple, de la délégation, on peut, en dégradant son caractère spécifique, arriver presque à la cession. Ceci peut se réaliser en modelant l'obligation du délégué envers le délégataire sur celle du délégué envers le délégant, de telle sorte que le délégué puisse invoquer contre le délégataire les exceptions qu'il avait contre le délégant ; et en attachant à la nouvelle obligation du délégué les garanties dont était munie la créance du délégant contre le délégué.

Il restera encore — dit avec raison M. Hubert (1)

1. *Op. cit.*, p. 107.

une différence entre la délégation ainsi modifiée et la cession, à savoir que le délégataire ne pourra invoquer, comme le cessionnaire, le caractère commercial de la créance ou le titre exécutoire dont elle serait munie. Sans doute, on pourrait franchir aussi cette barrière, mais alors on pénétrerait dans le pur domaine de la cession. Inversement, en partant de la cession, on peut, en dégradant aussi son caractère spécifique, arriver à la délégation, en opérant au moyen de clauses qui ôtent au cédé le droit d'opposer les exceptions qu'il avait auparavant contre le cédant, ou en dégarnissant son obligation des sûretés, dont elle pourrait être munie. De même que pour le cas précédent, on pourrait aller plus loin et supprimer le droit d'invoquer le caractère commercial ou de se servir du titre exécutoire. Mais alors la cession aurait perdu son caractère propre, et nous serions purement et simplement dans le domaine de la délégation.

§ 2. — Comparaison avec l'indication de paiement

L'article 1277 du Code civil (1) parle de l'indication de paiement dans les termes suivants : « La

1. Cet article inutile a été supprimé dans quelques législations étrangères qui ont copié le Code français ; par exemple dans le Code civil roumain.

simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation. Il en est de même de la simple indication, faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui ». Ceci est inutile, car le Code vient d'énoncer quelques articles plus haut, que la novation ne se présume même pas en cas de délégation ; *a fortiori* donc, elle ne pourra pas être présumée dans le cas d'indication de payement où l'intention de novier ressort encore moins que dans la délégation. Le plus intéressant — les différences entre les deux institutions — est passé sous silence dans cet article. Nous devons donc nous adresser à Pothier (1) ; l'inspirateur des auteurs du Code Napoléon. Voici ce qu'il dit : « Lorsque j'indique à mon créancier une personne dont il recevra le payement de la somme que je lui dois, et sur laquelle, pour cet effet, je lui donne une rescription, cet acte ne contient qu'un *simple mandat*. Il ne contient ni un transport, ni une novation ; je demeure toujours le débiteur de mon créancier ; la personne que je lui indique, et sur qui je lui donne une rescription, ne le devient pas à ma place. Pareillement, lorsqu'un créancier indique à son débiteur une personne à laquelle il pourra payer, cette indication ne contient aucune novation ; le débiteur ne devient pas le débiteur de la personne à qui on lui

1. *Obligations*, n° 605.

indique de payer, il demeure toujours le débiteur de l'indiquant. »

Donc, pour Pothier, l'indication de paiement n'est ni une novation, ni un transport de créance (cession), ni une délégation, mais un simple mandat. Il est vrai que Pothier ne prononce pas le mot de délégation, mais ce mot est sous-entendu quand l'auteur parle de la situation qu'il sert à désigner. En effet, Pothier répète à deux reprises qu'entre le débiteur du débiteur et le créancier, il ne se crée aucun lien obligatoire. En d'autres termes, le délégué n'est tenu à aucune obligation envers le délégataire ; donc il n'y a pas de délégation.

La même opinion est professée par Troplong (1), qui ne considère l'indication de paiement que comme un mandat, car dit-il : « celui qui délègue demeure toujours créancier du prix jusqu'à ce que le paiement soit effectué ; si le débiteur devient insolvable, son insolvabilité tombe sur lui et non sur le créancier à qui la délégation est faite ».

Pourtant tout le monde n'est pas d'accord sur cette question, car selon M. Edmond Picard dans ses *Pandectes belges* (le droit belge est identique au droit français sur ce point) l'indication de paiement peut-être une délégation *inchoata* (2) » aussi bien

1. *Privilèges et Hypothèques*, vol. I, p. 508.

2. M. Picard traduit *inchoata* par imparfaite. Nous avons réservé à ce dernier mot un usage différent.

qu'un mandat. Tout dépend de l'intention des parties. Supposons l'indication de faire un paiement. Si l'indiqué paye au créancier de l'indiquant, au nom et pour le compte de celui-ci, il y a mandat.

Si, au contraire, l'indiqué paye en son nom au créancier de l'indiquant, mais pour le compte de celui-ci, alors il y a délégation *inchoata*, c'est-à-dire projet, possibilité de délégation, qui peut devenir une délégation achevée, par l'acceptation du délégataire.

M. Picard attache une grande importance à cette distinction, et croyons-nous, avec raison.

Supposons qu'il s'agit de l'indication de recevoir un paiement.

S'il y a mandat, il peut être révoqué par le mandant (avec le concours du mandataire, puisque celui-ci y est également intéressé); le mandataire doit subir le concours des autres créanciers du mandant; le mandataire, enfin, ne peut ni poursuivre le délégué, ni interrompre la prescription contre lui. Tandis que s'il y a délégation *inchoata* tous les effets sus-indiqués sont contraires : le délégant, même avec le concours du délégataire, ne peut pas révoquer la délégation; le délégataire ne doit pas subir le concours des autres créanciers; enfin, le délégataire peut interrompre la prescription et poursuivre le délégué, même quand il est dans l'impossibilité de produire son titre original, parce que la délégation

remplit le rôle d'un titre récognitif, ou tout au moins d'un commencement de preuve.

En présence d'une telle divergence dans les effets des deux fonctions, il est étonnant que des auteurs comme Pothier et Troplong aient négligé d'en parler.

La réponse est pourtant simple. C'est que récemment la doctrine et la jurisprudence ont donné à l'expression « indication de paiement » un sens plus large qu'auparavant. C'est un mouvement régressif dans l'évolution du langage technique du droit ; le progrès consiste, en effet, à substituer la différenciation à l'homogénéité, quand la marche des réalités qu'elles désignent rendent cette substitution nécessaire. Si donc il y a deux institutions bien différentes, le mandat et la délégation *inchoata*, pourquoi les réunir sous la même étiquette d'indication de paiement ? Nous n'accepterons donc pas ce système, estimant préférable, comme plus logique, le système soutenu par Pothier, qui considérait l'indication de paiement comme un simple mandat, et rien de plus.

§ 3. — Comparaison avec l'« *expromissio* ».

Aux termes de l'article 1274, il faut entendre par *expromissio* (le mot n'est pas du législateur, mais de la doctrine) la novation par la substitution d'un nouveau débiteur, novation qui peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

Donc l'*expromissio* se distingue à deux points de vue de la délégation : les conditions de l'accomplissement de l'acte et ses effets.

A

Les conditions. — Pour conclure la délégation nous avons vu qu'il faut le consentement des trois parties (le débiteur y compris) ; pour conclure l'*expromissio*, l'intervention de l'ancien débiteur n'est pas nécessaire. Elle n'est pas nécessaire en droit, et n'a presque jamais lieu en pratique. Mais si cette intervention avait lieu, elle ne saurait, de ce fait, anéantir le caractère spécifique de notre institution. En effet, l'ancien débiteur peut intervenir pour donner son adhésion ; l'opération n'en est pas moins une *expromissio*. Car ce qui la distingue de la délégation — au point de vue du mode d'accomplissement — ce n'est pas la non-intervention de l'ancien débiteur, mais le rôle passif de celui-ci. En supposant donc que ce soit l'ancien débiteur qui ait pris l'initiative de l'opération, on aura vraiment une délégation.

B

En ce qui concerne les effets de l'*expromissio*, nous avons déjà vu dans la définition, qu'elle opère toujours la novation. Or, également par définition,

la délégation imparfaite ne produit jamais novation.
L'antithèse est complète.

§ 4. — Comparaison avec la subrogation

Comme l'*expromissio*, la subrogation diffère de la délégation au point de vue des conditions et des effets ; elle en diffère, en outre, en ce qui concerne la source, dans un cas particulier.

A

Conditions. — La subrogation est une opération qui se conclut entre le subrogeant et le subrogé, l'ancien débiteur étant hors de cause. Nous avons constaté le contraire dans la délégation.

B

Les effets. — Dans la subrogation, le créancier est désintéressé, et par conséquent, dans l'opération conclue, deux parties seulement subsistent. Or, dans la délégation, nous l'avons vu, les trois parties subsistent jusqu'à la fin. C'est que le délégataire n'étant pas désintéressé, continue de jouer un rôle (d'ailleurs très important) même après la conclusion de l'opération, ayant deux actions, l'une contre le délégant, l'autre contre le délégué.

C

Source. — Dans le cas particulier où la subrogation est légale s'ajoute une nouvelle différence entre les deux institutions, la délégation étant toujours conventionnelle.

5.— Comparaison avec la stipulation pour autrui

M. Garsonnet dans une note (1) intéressante, dit à ce sujet : «... Mais du moment qu'il ne s'agit que d'une délégation imparfaite, on ne voit plus, *pratiquement*, ce qu'ajoute à l'idée de délégation celle de stipulation pour autrui, étant donné qu'elles s'opèrent dans des conditions identiques, à l'égard du délégataire et du tiers pour qui l'on stipule. » En d'autres termes, la délégation imparfaite et la stipulation pour autrui, font double emploi, et par conséquent constituent la même chose.

D'autres auteurs, comme M. Lambert (2), que M. Planiol (3) approuve, affirment avec plus de force encore que M. Garsonnet, que « la délégation imparfaite perd son individualité ; elle se trouve englobée dans la théorie plus générale de la stipu-

1. S. 92. 1, 297.

2. Thèse 1893, *Stipulation pour autrui*, n^{os} 208-212.

3. *Traité élémentaire de Droit civil*, vol. II, p. 185, note 2.

lation pour autrui ». A en croire ces auteurs, on serait tenté de dire *fuit* de la délégation imparfaite, et de la considérer, en face de la stipulation pour autrui, comme une anachronisme juridique.

L'argument qui sert de fondement à cette théorie est le suivant : en face des avantages plus grands offerts par la stipulation pour autrui, l'évolution de la jurisprudence aurait la tendance de laisser la délégation imparfaite tomber en désuétude.

M. Lambert cite, à cet effet, la jurisprudence de la Cour de cassation du 17 février 1879 (1), qui, dans une espèce où l'acceptation des délégataires n'avait pas eu lieu, et pour s'en passer, fait appel à l'article 1121 du Code civil ; et encore une décision de la Haute Cour du 24 juillet 1889 (2), qui, dans une espèce où il y avait deux séries de délégataires, et où la première n'avait pas accepté au moment de l'intervention de la deuxième, fait appel à l'article 1121, pour rendre « parfaite » (3), la délégation opérée en faveur de la première série, et par conséquent de lui attribuer un droit privatif sur la créance déléguée, à l'encontre de la seconde série.

Mais, à côté de ces décisions, M. Lambert en cite d'autres qui reviennent à la délégation imparfaite :

1. S. 80. 1. 449.

2. S. 92. 1. 297 ; D. P. 89. 1. 395.

3. Dans le sens d'achevée.

une décision de la Cassation du 12 juillet 1881 (1), qui « fait un retour à la théorie de la délégation imparfaite », parce qu'il était certain que le bénéficiaire de la délégation avait accepté avant la mort du délégant, d'une manière formelle ; puis, une autre décision de la Cour suprême du 9 janvier 1882 (2) « plus curieux à ce point de vue » qui établit une parallèle entre les deux institutions ; enfin, un arrêt de la Cassation du 8 février 1888 (3), qui, ouvertement, fait un retour à la théorie de la délégation imparfaite, pour sauvegarder les intérêts du fisc. Il est vrai que M. Lambert croit apporter un argument contre ce dernier arrêt, en l'appelant ironiquement « un arrêt purement fiscal ».

L'hésitation de la jurisprudence, trahie par cette double série d'arrêts, prouve, non pas comme le pense M. Planiol (4) que la délégation imparfaite est condamnée à disparaître devant l'emploi, chaque jour mieux compris, des stipulations pour autrui », mais que la délégation imparfaite présente parfois de plus grands avantages que la stipulation pour autrui, considération déterminante, tant pour la jurisprudence que pour la doctrine, qui doit s'inspirer de la pratique de la vie juridique, à moins qu'elle

1. S. 83. 1. 409.

2. S. 82. 1. 360.

3. S. 90. 1. 85.

4. *Op. cit.*, p. 185, n° 559,

n'aspire à la gloire du dogmatisme scolastique. Nous sommes donc de l'avis de M. Hubert (1), qui s'exprime ainsi : « ... nous avons l'occasion de signaler les inconvénients qu'il y a à ramener des situations voisines à un type unique. Dès qu'il y a trois personnes en jeu, on manque rarement d'invoquer la stipulation pour autrui. Autant vaudrait couler dans un même moule toutes les conventions ordinaires, sous prétexte qu'il n'y figure que deux personnes. Le procédé serait tout aussi légitime ».

Sans doute, il y a beaucoup de ressemblance entre la délégation imparfaite et la stipulation pour autrui. Dans toutes les deux, il y a trois parties, et une action directe appartenant au tiers délégataire ou bénéficiaire contre le délégué ou le promettant. En outre, toutes les deux sont des modes de transmissions de valeurs. Mais ici s'arrête toute ressemblance. Car, sur tous les autres points — conclusion de la convention, objet, effets, structure intime, but spécifique — les deux institutions sont en antagonisme, ou tout au moins ne voisinent pas.

A. — La conclusion de la convention

De toutes les différences, celle-ci est la plus importante, non seulement par ses conséquences pra-

1. *Op. cit.*, p. 101.

tiques, mais surtout parce que ici on peut étudier, en pleine lumière, les principes vitaux — si on peut s'exprimer ainsi — des deux institutions.

Dans la délégation imparfaite, d'ailleurs simple application du droit commun sur ce point, la conclusion de la convention a lieu au moment de l'adhésion de toutes les parties (en l'espèce au moment de l'adhésion du délégataire); et l'appréciation de la validité de l'opération se fait au même instant que sa conclusion. Sur ces deux points, la stipulation pour autrui diffère de la délégation imparfaite, et déroge, en même temps, au droit commun. En effet, la stipulation pour autrui est conclue au moment précis où le promettant donne son adhésion au stipulant, car l'acceptation ultérieure du tiers n'a pour raison d'être que de rendre impossible la révocation de la stipulation par son auteur. Puis, la validité de l'opération s'appréciera plus tard, quand la stipulation devra recevoir son exécution. Cette différence est grosse de conséquences pratiques. Par la conclusion immédiate de la convention, on évite les possibilités d'échec résultant de la mort du délégant ou du délégataire, dans l'intervalle qu'il y a nécessairement, dans la délégation, entre son projet et sa conclusion définitive. Donc l'adhésion peut avoir lieu, soit après la mort du stipulant, soit après la mort du tiers bénéficiaire. En second lieu, par le fait que l'appréciation de la validité aura lieu après la conclusion de l'opé-

ration, on évite une seconde série d'échecs possibles, résultant de l'incapacité, de l'indéterminabilité, ou même de l'inexistence du délégataire, au moment de la conclusion de la convention. Car, dans la stipulation pour autrui on ne doit exister, être déterminable et capable qu'au moment où l'opération doit recevoir effet, moment qui peut être très éloigné de celui de la conclusion.

Mais, par quels moyens la stipulation pour autrui réussit-elle à donner une telle souplesse à la transmission de valeurs qu'elle opère ? *C'est par l'application concomittante de deux principes opposés : l'accélération de la conclusion et le délai apporté à l'appréciation de la validité, et qui sont des dérogations au droit commun.*

Cette double dérogation constitue l'essence, le principe de vie de la stipulation pour autrui.

B. — L'objet.

Quoiqu'il n'y ait aucune objection de principes à ce que l'objet soit identique dans les deux institutions, cependant une pratique unanime n'emploie la délégation que pour les obligations de *dare*, tandis que la stipulation pour autrui peut avoir indifféremment comme objet une obligation de donner ou de faire.

En effet, on n'emploie jamais la délégation imparfaite pour opérer par exemple une donation avec

charges, ou une constitution de servitude au profit d'une tierce personne, faite en exécution d'une vente d'immeuble, ou encore une interdiction de sous traiter insérée dans le cahier des charges d'une adjudication.

C. — Effets.

Il y a une triple différence, à ce point de vue, entre les deux institutions :

I. — Le stipulant ne peut pas exercer contre le promettant l'action en exécution de la chose stipulée en faveur du tiers bénéficiaire, que le délégant, au contraire, peut exercer contre le délégué.

II. — Le tiers bénéficiaire ne possède pas les privilèges, hypothèques, etc., que le stipulant peut avoir contre le promettant. C'est aussi le contraire de ce qui arrive dans la délégation, où le délégataire, par le moyen d'une cession sous-entendue (dont nous parlerons plus loin) peut user des accessoires attachés comme garanties à l'action du délégant contre le délégué.

III. — La différence la plus importante consiste en ce que le promettant peut opposer au tiers bénéficiaire des exceptions tirées de la convention conclue avec le stipulant, et motivées par son incapacité, par les vices de son consentement (sauf le dol qui ne peut être invoqué qu'entre les parties contractantes), par le défaut de formes de la convention, par la nul-

lité de celle-ci, ou enfin par le défaut d'exécution de la prestation due par le stipulant. C'est toujours le contraire de la délégation, dans laquelle le délégué ne peut opposer au délégataire aucune des exceptions tirées de ses rapports avec le délégant.

D. — Structure

La stipulation pour autrui ne peut jamais prendre naissance à l'état isolé. Elle a besoin d'un support, car, même dans l'hypothèse où elle apparaît comme l'accession d'une stipulation pénale, théoriquement du moins, elle a besoin du secours d'une autre institution. Pour la délégation, rien de pareil.

Elle peut évidemment se greffer sur une autre convention ; le cas se présente même très souvent (1), mais ce n'est pas une nécessité. La délégation peut naître toute seule, tandis que la stipulation pour autrui est soumise aux lois de la symbiose.

Mais, plus intéressante que celle-ci, est la structure soi disant intrinsèque. En effet, dans la stipulation pour autrui tout se passe entre le stipulant et le promettant. Il n'y a qu'une seule convention, tandis que dans la délégation il y en a deux : une

1. La majorité des hypothèses, où la jurisprudence est appelée à décider, se rapportent aux cas de vente accompagnée par la délégation d'une partie ou de tout le prix en faveur des créanciers du vendeur.

entre le délégant et le délégataire, l'autre entre le délégant et le délégué.

Au contraire, pour ce qui est des prestations, il n'y en a qu'une dans la délégation, tandis qu'il y en a deux dans la stipulation pour autrui : car le tiers n'est pas censé recevoir, du stipulant, ce que lui remet le promettant. La raison d'être de cette double prestation est d'éviter les conséquences du rapport à la masse de la faillite ou de la succession et les conséquences de la réduction des donations. Pour rendre possible cette façon d'envisager les choses, on a fait appel à la théorie de gestion d'affaires, que nous adoptons comme le seul moyen capable d'expliquer (comme dit M. Planiol) le mécanisme de la stipulation pour autrui, et d'après laquelle la chose remise au tiers bénéficiaire n'est pas considérée comme étant passée par le patrimoine du stipulant ; c'est-à-dire qu'il y a deux prestations, une du stipulant au promettant, l'autre du promettant au tiers bénéficiaire.

E. — But

En étudiant, surtout historiquement, la fonction des deux institutions, on voit que le but spécifique de la stipulation pour autrui est la conclusion des conventions aléatoires, tandis que celui de la délégation imparfaite est la conclusion des conventions

commutatives, qui réalisent une économie des frais de transport.

Conclusion

Par suite de leur structure et de leur but différents, il résulte que la délégation et la stipulation pour autrui sont issues de besoins différents ; *leur coexistence se justifie donc pleinement.*

Les deux institutions, étant des moyens juridiques d'opérer des transmissions de valeurs, se rencontrent parfois ; leurs domaines respectifs — d'étendue inégale — sont donc *communs en partie*, mais seulement en partie. En effet, la stipulation pour autrui ne se rapporte qu'à l'hypothèse où le délégant et le délégué font une offre au délégataire. Dans les hypothèses où l'offre est faite par le délégant et le délégataire, ou (ce qui arrive plus rarement, voire un peu contre l'esprit de l'institution) par le délégué et le délégataire, la stipulation pour autrui ne sera pas possible, attendu que le tiers bénéficiaire ne doit pas intervenir directement et activement dans l'opération.

Même dans la partie commune des domaines de la stipulation pour autrui et de la délégation imparfaite, il peut être nécessaire *de donner la préférence à l'une ou à l'autre*, suivant que l'esprit d'équité — qui doit toujours animer la jurisprudence ou la pra-

rique juridique, dont les besoins varient infiniment, — réclament plus ou moins de souplesse dans l'appréciation de la validité et dans la conclusion de la convention. Plus ou moins de vigueur dans l'exécution de cette convention.

En somme, selon nous, la délégation imparfaite subsistera toujours à côté de la stipulation pour autrui, pour les motifs suivants : elle apporte dans la conclusion de la convention, une rigidité plus grande ; elle donne à l'exécution de la convention son maximum d'efficacité ; elle peut seule être utilisée dans les deux cas où le délégataire est le promoteur de l'opération, à côté du délégant ou du délégué, et dans lesquels la stipulation pour autrui ne saurait intervenir.

§ 6. — Comparaison avec la dation en paiement d'une créance

La dation en paiement implique toujours une novation par changement de débiteur, tandis que la délégation imparfaite ne suppose aucune sorte de novation. En effet, dans la dation en paiement, le débiteur, en faisant transfert d'une créance à son créancier, se libère à l'égard de celui-ci, qui aura un autre débiteur. Il y a donc une novation. Dans la délégation imparfaite rien de tout cela n'existe, car le délégant, en faisant la délégation, n'en reste pas moins le débiteur du délégataire.

CHAPITRE IV

LES EFFETS DE LA DÉLÉGATION IMPARFAITE

Pour étudier tous les effets de notre institution, il faut envisager tour à tour les rapports juridiques existant entre le délégué et le délégant ; le délégant et le délégataire ; le délégué et le délégataire.

§ 1^{er}. — Les rapports entre le délégué et le délégant.

Nous avons déjà vu, en étudiant la délégation en droit romain, que les relations entre le délégué et le délégant, désignées par le nom de provision, comportent trois sortes de conventions, *solvendi, donandi et credendi causa*. Et comme le droit français moderne n'a rien changé à ce point de vue, nous conservons le même cadre, dans notre exposé.

A. — Le délégué est le débiteur du délégant.

Deux questions se posent relativement à ce sujet.

I. — *Le moment de la libération du délégué envers le délégant.* — Sera-t-il libéré au moment de la délégation, ou seulement quand il effectuera le paiement entre les mains du délégataire ? Pour notre délégation imparfaite, l'ancien droit n'a laissé aucun document dans la doctrine ou la jurisprudence. Quant aux temps modernes, nous avons déjà constaté à plusieurs reprises que cette question a été étudiée d'une manière insuffisante, même par les plus grands auteurs. De même, la jurisprudence ne nous fournit aucun document.

Il ne nous reste donc, pour élucider la question, qu'à faire appel aux principes généraux. A ce point de vue, on pourrait se demander si une novation n'a pas lieu, en vertu de laquelle le délégué serait libéré envers le délégant, par le fait même qu'il aurait contracté un engagement nouveau envers le délégataire sur la même prestation. La réponse ne peut être que négative, car la novation ne se présume pas dans la délégation, non seulement dans les rapports du délégant avec le délégataire, mais même dans ceux du délégué envers le délégant. Il faut une déclaration expresse ; celle-ci faisant défaut par hypothèse, on est amené à conclure que la novation n'a pas lieu. Le délégué ne peut alors être libéré qu'au moment de l'exécution de son obligation envers le délégataire. Cette solution est conforme non seulement aux principes, mais aussi à l'es-

prit d'équité. Supposons, en effet, que le délégué ne fasse pas honneur à sa signature ; le délégataire se retournera contre le délégant, en vertu de la créance qu'il a contre celui-ci. Si le délégant a perdu — par l'effet de la libération — son action contre le délégué, action qui pouvait être munie de garanties, il ne pourra exercer, contre son ex-débiteur, qu'une action en garantie, simple action personnelle, qui peut n'avoir aucune efficacité, ce qui serait profondément injuste.

D'ailleurs cette question ne se pose que dans le cas où le délégant, poursuivi par le délégataire, aurait désintéressé préalablement celui-ci. Car autrement le délégué pourrait être obligé de payer deux fois, ce qui serait tout aussi inique que de ne pas payer du tout.

Donc, dans l'hypothèse où le délégant ne désintéresse pas le délégataire, la créance du premier contre le délégué reste indisponible. Nous aurons à examiner plus tard si le délégataire peut, en vertu de l'article 1166 ou par quelque autre procédé, utiliser les garanties de cette créance indisponible entre les mains du délégant.

II. — *Le délégué se croit par erreur le débiteur du délégant.* — C'est la deuxième question que nous avons à discuter. D'après les principes généraux — qu'il nous faut appliquer dans ce cas, à défaut de dispositions spéciales — le débiteur qui paye par

erreur (il n'importe pas de savoir s'il remet la prestation dans les mains du délégataire, car au fond c'est au délégant qu'il paye) a une action en répétition contre le faux créancier. Cette action en paiement de l'indû est l'action du droit commun. Nous ferons donc tout simplement l'application de celui-ci. Il faut donc que le délégué commette une erreur, c'est-à-dire que son obligation soit nulle. Car si elle n'était qu'annulable, le paiement pourrait être interprété dans le sens d'une confirmation. De même si l'obligation était inexistante, le paiement pourrait avoir la signification d'une donation ou d'un prêt. Cette action en paiement de l'indû pourrait être intentée même avant d'avoir payé, afin de prévenir les conséquences injustes d'un tel paiement, ou de déterminer le délégant à demander au délégataire la libération du délégué.

B. — Le délégué est le prêteur du délégant

Si le délégué consent un prêt au délégant, en allant s'obliger envers le délégataire, il aura une action de prêt contre le délégant.

Et s'il tient un compte courant avec le délégant, il inscrira la somme sous la rubrique du crédit. En somme, ce sera l'application du droit commun.

C. — Le délégué est le donateur du délégant.

Si le délégué n'est pas l'obligé du délégant, et s'il ne lui consent pas un prêt, la convention qu'il contracte envers le délégataire, constitue alors vis-à-vis du délégant une donation. Et comme il s'agit d'une donation indirecte, on ne sera pas contraint d'employer les formalités des donations ordinaires, quoiqu'on applique toutes leurs règles de fond, relatives à la capacité, au rapport et à la réduction. Et si, par exemple, les parties sont époux, on fera appel aux règles de la quotité spéciale (1094-1096) et de la révocation. Donc, pour le fond, l'acte juridique sera tout simplement l'application du droit commun.

Observation

M. Hubert (1) fait une observation très intéressante à propos des relations du délégué avec le délégant. Du fait, dit-il, que le délégant est doublement intéressé à l'accomplissement de la prestation (parce que le délégué est réputé avoir payé au délégant, et parce que le délégataire est censé avoir reçu la prestation des mains du délégant) il s'ensuit que celui-ci peut contraindre le délégué à remplir son obli-

1. *Op. cit.*, p. 144.

gation, même quand le délégataire ne la réclame pas. On a objecté, contre cette déduction, que l'obligation du délégué envers le délégant est de faire ; or, comme les obligations de cette espèce se résolvent en dommages-intérêts en vertu de l'article 1142, il résulte que le délégant ne peut pas contraindre le délégué à exécuter son obligation. A cette objection, on répond que l'important est de considérer l'obligation du délégué envers le délégataire, et qu'à ce point de vue, étant une obligation de donner, son exécution par le délégué pourrait fort bien être exigée du délégant.

La question mérite l'attention qu'on lui donne, car elle présente un vif intérêt pratique. Cet intérêt est relevé par quelques jurisprudences qui font l'application de ce principe en matière de vente. En effet, le vendeur qui a délégué le prix à ses créanciers peut obliger l'acheteur à ne pas délaisser l'immeuble, même quand les créanciers hypothécaires n'agissent pas et à payer ces derniers. L'intérêt du vendeur est très évident : le délaissement est, en effet, une éviction, en conséquence de laquelle l'acheteur pourrait demander des dommages-intérêts ; en outre, le vendeur supporte les frais de nomination du curateur.

§ 2. — Les rapports du délégant avec le délégataire

Le délégataire est censé recevoir du délégant la

prestation faite par le délégué ; il peut la recevoir soit à titre de paiement, soit à titre de prêt, soit, enfin, à titre de donation.

A. — Le délégant est le débiteur du délégataire

Deux questions se posent à ce sujet :

1. — Par l'adjonction d'un nouveau débiteur, la situation du délégant vis-à-vis du délégataire s'est-elle empirée, améliorée, ou est-elle restée stationnaire ? Nous allons envisager tour à tour ces trois hypothèses.

a) La situation du délégant ne peut s'empirer que d'une seule manière : par l'effet de la solidarité. Voyons donc si le délégant peut devenir débiteur solidaire avec le délégué. Ceci est impossible pour trois raisons.:

1° La solidarité ne se présume pas ; elle ne peut résulter que d'une clause expresse, qui, par hypothèse, fait défaut ;

2° La solidarité suppose à côté d'une pluralité de liens juridiques, l'unité de l'objet. Or, cette condition n'est pas toujours réalisée par la délégation imparfaite, l'objet dû par le délégant, bien qu'étant généralement le même que l'objet dû par le délégué, peut cependant en être parfaitement différent. Car il est possible que la délégation consiste — du

délégant au délégataire — dans une dation en paiement ;

3° La solidarité serait contraire au but même de l'opération. En effet, quand le délégant donne à son créancier un second débiteur, le but poursuivi n'est pas d'alourdir encore sa charge, mais de l'alléger.

Pour ces trois motifs donc — défaut de clause expresse, défaut d'unité dans l'objet et but de l'opération, le délégant ne peut pas être débiteur solidaire avec le délégué. Et cette impossibilité a pour conséquences, au point de vue pratique : l'interruption de la prescription, la mise en demeure, et la demande des intérêts, le tout opéré à l'encontre de l'un des deux débiteurs, n'ont pas de répercussion contre l'autre.

b) La situation du délégant peut s'améliorer si son obligation devient accessoire par rapport à l'obligation du délégué envers le délégataire, ou, en d'autres termes, si le délégant devient la caution du délégué. Le problème posé ainsi, reçoit une solution négative de la part de presque tous les auteurs. Car, la situation de la caution, par les avantages qui lui sont attachés, constitue une exception à la règle des débiteurs communs ; on ne saurait donc la supposer dans le silence de la loi. Or, nous avons vu que la loi ne dit rien de pareil pour la délégation imparfaite.

Elle n'attribue au délégant ni le bénéfice de la

discussion, ni de la disposition de l'article 2037, ni les exceptions du délégué contre le délégataire. Donc le délégant n'est pas la caution du délégué. Pourtant certains auteurs (Coviello en Italie, par ex.) soutiennent que le délégant a droit en tout cas à une récompense, par le fait qu'il a donné au délégataire un second débiteur ; et si cette récompense ne peut consister dans la situation de caution, que le délégant ait au moins le droit de demander au délégataire de s'adresser d'abord au délégué par une sommation, et que seulement en cas de réponse négative à la sommation, le délégataire puisse poursuivre le délégant.

M. Gaudemet (1) admet cette opinion ; mais M. Hubert la refute pour le motif péremptoire que dans le silence de la loi, une telle question ne peut se poser dans la doctrine, mais seulement dans la législation. Et même, en ce domaine, ajoute M. Hubert, il ne faut attribuer au délégant que le droit reconnu par Coviello dans la doctrine, car autrement, en accordant au délégant le bénéfice de la discussion, ce serait empirer la situation du délégataire. En somme, il faut donner au délégant un droit analogue à celui du tireur dans la lettre de change, qui peut demander au bénéficiaire (porteur) qu'il fasse le protêt.

Toutes ces considérations regardent l'hypothèse

1. *Op. cit.*, p. 274.

dans laquelle les parties n'ont pas dérogé par clauses expresses au droit commun. Voici, ce que disent à ce propos deux des plus grands représentants de la doctrine française : Laurent (1) : « ... Il faut voir dans quel but le second débiteur s'est engagé ; il faut voir si, de son côté, le créancier a pris des engagements dans l'intérêt du premier débiteur. »

Demolombe (2) : « Du moins faudrait-il pour qu'il en fût autrement que l'intention des parties de ne faire désormais du délégant qu'une espèce de caution du délégué, résultât, clairement, d'une manière expresse ou tacite, des termes de l'acte et des circonstances du fait ».

c) Il résulte forcément, que la situation du délégant n'étant ni empirée, ni améliorée, est restée stationnaire. Et ceci est possible de deux manières : soit que l'obligation du délégué vis-à-vis du délégataire soit accessoire par rapport à celle du délégant envers le délégataire, soit que toutes les deux sont des obligations principales. La première possibilité doit être exclue pour les motifs suivants que nous empruntons à M. Gaudemet (3) : Les parties, en contractant la délégation, ont entendu se soumettre à la disposition de la loi qui présume leur intention ou déroger à cette disposition. Or, dans un cas comme dans l'autre,

1. *Op. cit.*, vol. 18, p. 321.

2. *Op. cit.*, vol. 28, p. 311.

3. *Loc. cit.*

l'obligation du délégué ne peut pas être accessoire, parce que l'article 1275 du Code civil parle d'une obligation principale, et parce que les parties auraient eu recours à la caution non à la délégation, si elles avaient eu l'intention de créer une nouvelle obligation accessoire par rapport à la première.

Il reste donc que les deux obligations sont principales et que le délégataire a deux actions, généralement identique et quant à leur objet, indépendantes quant à leur exercice, et qui s'éteignent simultanément par l'exercice fructueux d'une seule.

II. — Si le délégant se croit, par erreur, le débiteur du délégataire, a-t-il un moyen de réparer le dommage que lui cause la délégation ?

La question se pose absolument dans les mêmes termes que pour le délégué, dans ses rapports avec le délégant. Nous dirons donc, comme dans cette dernière hypothèse, que le délégant peut intenter une action contre le délégataire, pour obtenir soit la somme indûment payée par le délégué, soit la suppression du lien obligatoire de celui-ci, dans le cas où il n'aurait pas encore payé. En dehors de l'indû, il faut encore l'existence de l'erreur, car autrement, on pourrait croire à une confirmation si l'obligation du délégant était annulable, ou à un prêt ou à une donation s'il n'y avait aucune obligation.

B. — Le délégant est le prêteur du délégataire

Si le délégant consent un prêt au délégataire, cette convention subsiste indépendamment de la délégation, et produit tous les effets qui lui sont propres. Conformément au droit commun, le délégant aura contre le délégataire une action de prêt.

C. — Le délégant est le donateur du délégataire

Si le délégant entend consentir une libéralité au délégataire, elle sera soumise à toutes les règles de fond des donations, mais elle sera dispensée des formalités des donations ordinaires.

§ 3. — Les rapports du délégataire avec le délégué

Ces rapports se distinguent radicalement de ceux des deux catégories précédentes, par ce fait qu'elles ont un caractère abstrait, ou que leurs causes sont externes. Quoiqu'il en soit, il existe une obligation entre le délégué et le délégataire, sanctionnée par une action qui appartient à ce dernier. On sait qu'une action n'est que la valorification d'un droit, et qu'elle naît, par conséquent, en même temps que celui-ci. Il importe donc de connaître le moment de la naissance de ce droit. La question a déjà été

étudiée, et nous avons dit alors que ce droit est subordonné, quant à sa formation, à la rencontre des consentements des trois parties, ou, ce qui revient au même, à l'acceptation donnée par la partie restée étrangère à l'offre faite par les deux autres. En d'autres termes, le délégataire pourra exercer son action contre le délégué à partir du moment où la convention aura été conclue. Il reste à connaître les accessoires attachés à l'action du délégataire et les exceptions qui pourraient être opposées à celui-ci par le délégué. Commençons avec les exceptions.

A

Il est hors de doute que le délégué peut opposer au délégataire toutes les exceptions personnelles déduites, soit de son incapacité de s'obliger, soit de l'extinction de son obligation, par payement, novation, etc., soit des vices de son consentement, comme le dol du délégataire ou la violence exercée par quelque autre personne. Pour l'erreur, il y a des difficultés. Mais la question importante est de savoir si le délégué pourrait opposer les exceptions déduites des vices de la cause, c'est-à-dire de la nullité de celle-ci, et si oui, dans quelle mesure. Toute la difficulté provient de ce que les causes de la délégation sont extérieures, et de ce qu'elles consistent dans les rapports du délégué avec le délégant, d'une part, et

dans les rapports du délégant avec le délégataire, d'autre part.

Avant d'entrer dans l'examen approfondi de la situation, il nous faut examiner d'abord les questions analogues et y chercher quelque point d'appui. En effet, les analogies ne manquent pas, du moins en ce qui concerne les rapports du délégant avec le délégataire, avec les situations du débiteur solidaire et de la caution. L'un et l'autre sont débiteurs à côté de quelqu'un, comme le délégué est le codébiteur du délégant. Mais ce n'est qu'une ressemblance toute superficielle, parce que nous avons vu déjà que le délégué et le délégant ne sont respectivement ni cautions, ni débiteurs solidaires, mais débiteurs principaux.

En outre, même en supposant que le délégué soit un débiteur solidaire ou que le délégué soit sa caution, on ne saurait attribuer au délégué le droit d'opposer les exceptions personnelles résultant de l'article 1208 ou de l'article 2036, pour les raisons suivantes, donnée par Aubry et Rau (1) « Les termes exceptions purement personnelles, dont se sert l'article 2036, se trouvent également dans l'article 1208. Mais ces termes n'ont pas une signification invariable, ou absolue : il faut, pour déterminer la portée des dispositions dans lesquelles le législateur les a

1. *Op. cit.*, v. 4, §, 426, note 15.

employés, se guider d'après les principes de la matière à laquelle se rapporte chacune de ces dispositions. C'est ainsi que l'on doit dire, suivant la nature du cautionnement, et par argument de l'article 2012 1^{er} alinéa, que la caution, même solidaire, est autorisée à opposer au créancier les exceptions que le débiteur principal lui-même pourrait tirer des vices de son consentement, et que l'on doit décider, au contraire, d'après la nature des obligations solidaires, que les exceptions fondées sur un vice du consentement de l'un des débiteurs solidaires, sont purement personnelles à ce débiteur, et ne peuvent être opposées par les autres ».

En d'autres termes, la notion d'exception personnelle est en fonction de la nature du sujet qui lui donne naissance ; ou comme disaient les Romains, *secundum subjectam materiam*.

Il nous faut donc étudier tous les vices qui peuvent affecter les rapports du délégué avec le délégant, et du délégant avec le délégataire, et décider dans chaque cas spécial, d'après les principes généraux et la nature de la délégation, les influences que ces vices peuvent exercer sur l'obligation du délégué envers le délégataire.

I. — *Exceptions tirées des rapports du délégant avec le délégataire.* — Comme nous l'avons dit maintes fois, la doctrine s'occupe en général très peu de la délégation imparfaite. Seul l'ouvrage déjà

cité, de M. Hubert, envisage la question dans son ensemble et d'une manière scientifique. C'est cette raison qui nous détermine à recourir à lui, chaque fois qu'il s'agit d'une question plus spéciale ou plus délicate, comme c'est le cas pour le présent développement.

En étudiant les exceptions tirées des rapports du délégant avec le délégataire (1). M. Hubert suppose que l'obligation du délégué envers le délégant est pleinement valable, et que seulement l'obligation du délégant envers le délégataire est atteinte d'un vice radical. Ceci posé, il imagine deux hypothèses qu'on peut également rencontrer dans la pratique.

a) Le délégué s'est obligé envers le délégataire sans tenir aucun compte, au moment de la conclusion de l'engagement, des relations du délégant avec le délégataire, et alors ces relations étant viciées radicalement, le délégué ne pourra pas s'en prévaloir pour opposer au délégataire une exception.

b) Le délégué a moulé son engagement envers le délégataire sur celui du délégant vis-à-vis du délégataire, et dans ce cas, le dernier engagement étant radicalement vicié, le délégué pourra s'en prévaloir, en opposant une exception au délégataire.

Jusqu'ici, nous sommes du même avis. Là où commence le désaccord c'est sur la manière de moti-

1. *Op. cit.*, p. 163.

ver ces solutions. Mais avant d'aborder cette question, nous annonçons au lecteur que pour faciliter la démonstration, nous sommes obligé d'avoir recours à quelques abréviations. En effet, nous désignons les deux hypothèses par les lettres (*a*) et (*b*) ; et les trois catégories de rapports, de la façon suivante : le rapport du délégué avec le délégant par le n° 1, celui du délégant avec le délégataire par le n° 2; et celui du délégué avec le délégataire par le n° 3.

Voici de quoi il s'agit :

En étudiant la nature juridique de la délégation, M. Hubert dit — et nous sommes du même avis — que les rapports n° 1 et n° 2 sont les causes et les objets du rapport n° 3, qui a un caractère abstrait (1). Si on fait maintenant l'application du principe que l'inexistence de l'objet et de la cause entraîne la nullité absolue de la convention, il résulte, par voie d'un simple syllogisme, que les vices radicaux des rapports n° 1 et n° 2 emporteront nécessairement, et presque mécaniquement, la nullité du rapport n° 3. Mais voici la conséquence importante de cette conclusion ; si la nullité du rapport n° 3 est le produit de l'application des principes de la cause et de l'objet, il résulte que toute manifestation de volonté expresse faite par les parties dans le sens

1. *Op. cit.* p. 162 n° 206

de ces principes ne peut apporter aucune modification à la situation considérée — application d'un axiome juridique — ; que, par conséquent, il n'y a aucunement lieu de distinguer entre les hypothèses (a) et (b). On se trouve alors dans le dilemme suivant : ou les principes dirigeants sont vrais, et dans ce cas la distinction entre les deux hypothèses est dénuée de tout fondement ; ou, au contraire, la distinction est exacte, et alors il faut condamner les principes. Bien que M. Hubert ne se soit pas rendu compte de cette situation contradictoire, il en fournit pourtant la preuve par la manière dont il justifie la différence entre les solutions données aux deux hypothèses (a) et (b).

Pour l'hypothèse (a) il dit que délégué n'a aucun *intérêt* à invoquer les vices du rapport n° 2, parce que le délégué étant réputé faire au délégant sa prestation, et, comme par hypothèse, le rapport n° 1 est supposé valable, il s'ensuit que le délégué ne pourra opposer au délégant aucune exception. En parlant seulement de l'intérêt du délégué, il suppose forcément que le droit de celui-ci de ne pas effectuer la prestation dans les mains du légataire, est hors de discussion ; que donc, théoriquement tout au moins, son engagement envers le légataire est nul. En d'autres termes, c'est faire application des principes de la cause et de l'objet.

Pour l'hypothèse (b) M. Hubert Soutient, après

avoir examiné et refuté la théorie de la condition et de l'erreur substantielle, que la théorie de l'objet et de la cause peut seule expliquer le droit du délégué de se prévaloir des vices du rapport n° 2. Mais expliquer la solution donnée dans l'hypothèse (b) qui est diamétralement opposée à la solution donnée dans l'hypothèse (a), par des principes qui comportent l'identité de solutions dans les deux hypothèses, c'est commettre une contradiction flagrante.

La partie négative de notre tâche étant terminée, il s'agit de rechercher où se trouve la vérité.

Nous croyons fermement que les deux hypothèses comportent des solutions opposées, et que les principes de la cause et de l'objet s'appliquent sans restriction. Seulement M. Hubert a fait une *omission* et une *interprétation défectueuse*, dans son argumentation.

1° Il a omis de dire une chose très importante, que *les rapports n° 1 et n° 2 pour emporter la nullité du troisième, doivent être tous deux nuls à la fois.*

Et, comme nous avons admis par hypothèse que le rapport n° 1 est valable, il s'ensuit que le rapport n° 3 ne pourra pas être annulé pour défaut d'objet ou de cause. Si M. Hubert avait admis *la nécessité de l'existence simultanée de la double cause et du double objet*, il n'aurait pas eu besoin de faire appel à des arguments contingents, et aurait expliqué la solution par les principes théoriques. Mais ce qui

est plus curieux c'est qu'il admet ailleurs implicitement la nécessité de la double nullité : c'est quand il parle de la validité de la délégation dans le cas où il y a une cause valable.

2° Il interprète mal la manifestation expresse de la volonté des parties (hyp. b) en disant quelles ont entendu faire du rapport n° 2 l'objet du rapport n° 3. — ce qui serait à la fois *inutile* et *faux*. Inutile, parce que, en vertu des principes déjà admis, le rapport n° 2 est l'objet du rapport n° 3 ; faux, parce que la confirmation d'un principe ne peut pas avoir un effet différent de celui produit par le principe seul. Si donc on reste logique jusqu'au bout, il est impossible d'expliquer par la théorie de l'objet (et de la cause) la solution donnée dans l'hypothèse (b).

A notre avis, dans la clause expresse des parties, il faut voir la volonté d'unifier la double cause et le double objet ; en d'autres termes, il faut voir la volonté de reconnaître par une dérogation aux principes, que toute cause et que tout objet du rapport n° 3 se trouve, exclusivement, dans le rapport n° 2. Ainsi la solution contraire donnée dans l'hypothèse (b) s'expliquerait par le jeu des mêmes principes qui ont solutionné la première. Car il est identique de dire « la nullité de deux causes séparées » ou « la nullité de deux causes réunies ».

II. — *Exceptions tirées des rapports du délégué avec le délégant.* — Il faut distinguer trois hypothèses,

suivant que les rapports du délégant avec le délégataire consistent dans une obligation valable, dans une obligation nulle, ou dans une donation.

a) *L'obligation du délégant envers le délégataire est valable.* — Si le délégué sait qu'il ne doit rien au délégant, en faisant la prestation au délégataire, il a voulu, selon le cas, confirmer une obligation annulable, ou consentir soit un prêt, soit une donation. Il n'y a aucune difficulté dans ce cas.

Si, au contraire, le délégué se croit faussement débiteur du délégant, s'il paye donc par erreur au délégataire, la question se complique, et la doctrine, de même que la jurisprudence, se partage entre deux systèmes. Suivant l'un, le délégué peut toujours demander au délégataire la répétition de la somme payée, tandis que suivant l'autre le délégué ne peut répéter que contre le délégant. Voici maintenant l'intérêt de la question :

Si le délégant est insolvable, dans le premier système, l'insolvabilité sera supportée par le délégataire, et dans le deuxième, par le délégué.

1° Il y a, tout d'abord, un cas, où tout le monde est d'accord.

C'est quand le lien obligatoire du délégué envers le délégataire est calqué sur celui du délégué envers le délégant. Dans notre système, les parties rassemblant cause et objet dans le rapport du délégué envers le délégant, le vice radical de ce rapport

emmène la nullité du rapport du délégué avec le délégataire, nullité que le délégué aura le droit d'invoquer.

2° Même quand on n'a pas stipulé d'une manière expresse cette subordination de l'existence de l'obligation du délégué envers le délégataire, à l'existence de l'obligation du délégué envers le délégant, certains auteurs soutiennent que le délégué peut se prévaloir contre le délégataire des exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant. On a imaginé dans ce but plusieurs systèmes :

Premier système. — Il est basé sur l'analogie de notre hypothèse avec la situation prévue par l'article 1377, qui est ainsi conçu : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquité une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur ».

Voici maintenant comment raisonne sur cette question Laurent (1), le plus éminent représentant du système de l'application de l'article 1377 à la délégation : « Quand celui qui, par erreur, se croyait débiteur, paye au créancier ce qu'il ne doit pas, il peut répéter. Or, dans l'espèce, le délégué n'était

1. *Op. cit.*, n° 319, p. 347, vol. 18.

pas débiteur du délégant, *donc il n'est pas devenu débiteur du délégataire, puisque ce n'est que comme débiteur du délégant qu'il s'est obligé envers le délégataire* ; dès lors, on est dans les termes de l'article 1377. Le délégué peut demander la nullité de son engagement vicié par l'erreur et, par suite, répéter ce qu'il a payé indûment, sauf au créancier à se prévaloir contre lui de l'exception que le deuxième alinéa de l'article 1377 fait en faveur du créancier de bonne foi, qui a supprimé son titre ».

A cet argumentation de Laurent, nous ne pouvons mieux répondre qu'en reproduisant les dires de Demolombe (1) dont nous adoptons l'opinion : « Dans l'hypothèse de l'article 1377, c'est un tiers, qui vient payer, en son propre nom, au créancier, la dette d'un autre, qu'il croit par erreur être la sienne. Si ce tiers est en faute de se tromper, il faut bien reconnaître aussi que le créancier n'est pas lui-même exempt de faute ; car ce tiers n'était pas son débiteur ; et dès qu'il lui offrait le paiement en son propre nom, le créancier aurait dû le refuser. »

Très différente est l'hypothèse de la délégation ! *Ce n'est pas en son propre nom* que le tiers s'est obligé envers le créancier ; c'est au nom du débiteur, de celui qui était, en effet, véritablement le débiteur ; et par conséquent le créancier, en l'accep-

1. *Op. cit.*, vol. 28, n° 325.3.

tant dans de telles conditions n'a commis *aucune faute*, puisque précisément il n'avait pas à s'occuper de savoir si le délégué était débiteur du délégant. Il ne serait donc pas juste qu'il fût victime d'une erreur, qui n'est imputable qu'au délégué, et c'est le cas de dire : *Inter errantem et patientem nulla est dubitatio*.

Deuxième système. — Celui-ci est proposé par Aubry et Rau (1) : « Les actions en répétition .. peuvent, au cas où par suite de cession ou de délégation d'une créance déterminée, le paiement a été fait entre les mains du cessionnaire ou du délégataire, être formées contre ces derniers, qui ne sont pas admis à les repousser, sous le prétexte que, ayant reçu ce qui leur était dû, l'auteur du paiement n'a de recours à exercer que contre le délégant ou le cédant. »

A cette assimilation inexacte de la délégation et de la cession, nous opposons, en l'approuvant complètement, l'opinion de Demolombe (2) : « ...Or, le seul fait que le délégué se serait obligé envers le délégataire à lui payer une dette déterminée, dont il croyait, par erreur, être tenu envers le délégataire, ce seul fait, disons-nous, suffirait-il pour qu'il ne fût pas tenu envers le délégataire après son

1, Sur Zachariæ, vol. IV, p. 743.

2. *Op. cit.*, vol. XXVIII, p. 232, nos 327 et 328.

erreur découverte ? C'est ce qui nous serait difficile d'admettre, car le délégataire pas plus dans ce cas que dans les autres, *n'avait à vérifier l'existence et la validité de cette dette, que le délégué s'obligeait, directement et personnellement, à lui payer.* »

Et plus loin, Demolombe introduit incidemment un second argument contre cette assimilation : c'est que le délégataire peut dire qu'il a reçu ce qu'on lui devait — « *meum recepi.* »

En effet, nous avons supposé que l'obligation du délégant envers le délégataire était valable, et que celle du délégué envers le délégant était seule atteinte de nullité. Par conséquent, la créance du délégataire a une cause valable, et comme nous avons posé comme *principe* que la nullité simultanée des deux causes est nécessaire pour que le rapport du délégué au délégataire soit nul, il suit de là que ce rapport est pleinement valable.

Troisième système. — On soutient parfois (1) que le délégué, en allant s'obliger envers le délégataire, a en vue son obligation vis-à-vis du délégant, que l'engagement donc envers le délégataire est soumis à la *condition* de l'existence de l'engagement envers le délégant. Il peut arriver, en fait, que cette subordination ait eu lieu. Mais ce n'est pas une nécessité. Et, en tout cas, il en faut la preuve pour chaque cas

1. Hubert, *op. cit.*, p. 169.

spécial. Car, nous l'avons vu, la loi n'a décidé nulle part que la délégation d'un débiteur au créancier pourrait dépendre de la validité du rapport juridique existant entre ce débiteur et le délégant.

Quatrième système. — On invoque l'équité, pour accorder au délégué le droit d'opposer au délégataire les exceptions tirées des rapports avec le délégant. Car il serait inique de priver le délégué de ce droit, quand il a été victime d'une erreur. Et, d'autre part, le délégataire ne saurait subir aucun préjudice par le droit du délégué, attendu qu'il peut invoquer toujours l'article 1382. On peut, donc, protéger le délégué, sans désavantager le délégataire.

Ceci est vrai en théorie seulement, car dans la pratique les choses vont tout autrement. Nous avons dit que l'intérêt de cette question des exceptions ressort particulièrement dans le cas où le délégant est insolvable. Supposons-le donc dans cet état. Le délégataire repoussé par les exceptions du délégué, intentera contre celui-ci l'action en dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382. Or, comme d'après cet article, la preuve doit être faite par celui qui a subi injustement le dommage, il s'ensuit que cette charge (*onus probandi*) doit être supportée par le délégataire. Celui-ci devra donc prouver que l'insolvabilité du délégant est intervenue après la délégation, après que son droit fut fixé dans la per-

sonne du délégué, et que par conséquent cet état ne le regarde plus. Mais dans la plupart des cas, il ne sera pas possible de fournir cette preuve ; et le délégataire sachant alors à quoi il s'expose en acceptant la délégation, jugera préférable d'exercer son ancienne action contre le délégant, qui à son tour valorifiera son droit contre le délégué. Mais dans ce cas on aboutit à deux prestations au lieu d'une seule comme dans la délégation. L'application de l'article 1382 aboutit donc au sacrifice de notre institution. Une telle conclusion juge d'elle-même ce système, en le condamnant d'une manière définitive.

Cinquième système. — Celui-ci évite toutes les difficultés signalées à propos des systèmes précédents, en prenant comme point de départ une situation de fait : *la possession de l'émolument* de la créance du délégataire, par application du principe romain : *Melior est in causa possidentis*. En vertu de cette règle, le délégué peut se défendre contre le délégataire s'il n'a pas encore exécuté son obligation, car c'est lui qui possède l'émolument ; au contraire, il n'aura plus aucun moyen de défense s'il a déjà effectué sa prestation. En d'autres termes, le délégué peut avoir contre le délégataire des exceptions, mais jamais l'action en répétition. C'est un système eclectique qui, voulant satisfaire les deux intérêts opposés, n'en satisfait aucun. Le délégataire ne se sentant

pas suffisamment garanti préférera poursuivre le délégant, et par conséquent l'institution de la délégation imparfaite tombera en désuétude. C'est donc, comme pour le système précédent, au nom de l'intérêt de notre institution et partant de l'intérêt social, que nous repoussons le présent système.

Sixième système. — Proposé par M. Gaudemet (1), il accorde au délégué le droit d'opposer au délégataire les exceptions dont il s'agit, quand l'obligation du délégué envers le délégant est inexistante, il refuse, par contre, ces exceptions, quand l'obligation du délégué envers le délégant est seulement annulable. Voici maintenant le raisonnement sur lequel repose cette distinction. M. Gaudemet prend comme point de départ l'idée que l'obligation du délégué envers le délégataire ne saurait être considérée comme valable, si sa cause ne l'est pas. Et il entend par cause « sa raison d'être économique », à savoir « l'introduction corrélatrice d'un élément actif » dans le patrimoine du débiteur. Dans l'espèce donc, si le délégué s'oblige envers le délégataire c'est parce qu'un élément de son passif — l'obligation envers le délégant — va être détruit. En d'autres termes, la cause de la nouvelle obligation du délégué, c'est l'extinction de l'ancienne. Tout est pour le mieux, si cette dernière obligation est valable. Mais on est en

1. *Op. cit.*, p. 246 et 278.

droit de se demander s'il y aura une causé suffisante, dans le cas où l'obligation ancienne est nulle. Pour répondre à cette question, M. Gaudemet fait la distinction dont nous avons déjà parlé. Si l'obligation est inexistante, elle est pur néant juridique. On ne peut donc concevoir son existence même provisoire ; on ne peut donc parler de son extinction. Or, si aucun élément du passif du délégué ne disparaît, cela signifie que l'actif de son patrimoine ne s'accroît pas, et que la nouvelle obligation n'a point de cause. Si l'obligation est annulable, elle est provisoirement existante, et par conséquent son extinction équivaut à un accroissement de l'actif.

La nouvelle obligation du délégué a donc une raison économique, une cause. Et voici les conséquences pratiques de cette distinction. Si l'obligation nouvelle du délégué n'a pas de cause, elle est nulle, c'est-à-dire que le délégué pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu avoir contre le délégant. Si l'obligation nouvelle du délégué a une cause, elle est valable ; le délégataire ne pourrait donc être empêché dans l'exercice de son action par les exceptions tirées des rapports du délégué avec le délégant. *Nous ne pouvons pas admettre ce système pour trois raisons :*

«) La théorie de la cause proposée par M. Gaudemet ne résiste pas à une sévère analyse. En effet, il existe des obligations, dont on ne saurait contester

la validité de la cause, et dans lesquelles on ne voit pas de contreprestations, comme le suppose la théorie de M. Gaudemet. Le cas le plus caractéristique à ce point de vue est celui de la donation, car la cause de celle-ci est l'intention libérale. De deux choses l'une : ou la cause suppose toujours l'existence d'une contre-prestation, et alors la donation ne saurait avoir une cause, ou la cause de la donation est bien son intention libérale, et alors à quoi bon changer la théorie traditionnelle de la cause ?

M. Gaudemet a eu, en dehors de l'intérêt de son système, la noble ambition de donner à la notion de cause une définition compréhensible. Tâche ingrate, et d'avance condamnée à la stérilité, parce que la notion même de la cause est quelque chose d'illogique. Nous adoptons, en effet, entièrement la manière de voir de M. Planiol et de ses prédécesseurs dans cette voie, qui considèrent l'idée de cause comme étant à la fois fausse, inutile et incapable d'une amélioration.

Mais ce qui importe ici, c'est que la théorie proposée par M. Gaudemet sur la cause, ne présentant aucun avantage vis-à-vis de la théorie léguée par la tradition il n'y a aucune raison de l'accepter.

β) La distinction entre l'obligation inexistante et celle qui est seulement annulable, nous paraît dénuée de tout fondement. Car l'annulation d'une obligation annulable s'opère avec effet rétroactif,

et par conséquent, on ne saurait considérer comme existante — provisoirement même — une obligation qui, par l'effet de l'annulation, est considérée comme n'ayant jamais existé.

γ) En admettant même comme exactes, la théorie de la cause et la distinction entre les obligations inexistantes et les obligations annulables, reste encore à savoir s'il suffit que l'obligation du délégué envers le délégant soit de nul effet, pour que le délégué puisse se prévaloir de cette situation pour débouter le délégataire de sa demande. Or, la créance du délégataire a une cause valable ; celui-ci peut toujours dire qu'il n'a reçu que ce qu'on lui devait (*meum recepi!*) ; et il ne résulte de nul texte que la validité de la délégation imparfaite soit subordonnée à l'existence de deux causes. C'est le principe déjà formulé par nous, en parlant des exceptions que le délégué peut tirer des rapports du délégant avec le délégataire. *Car il est identique de dire que l'existence d'une seule cause suffit pour la validité de la délégation imparfaite, ou qu'il faut l'inexistence des deux causes pour la nullité de la délégation.*

* * *

La jurisprudence est contradictoire en ce qui concerne cette question. Un arrêt de la Cour de cassation de 24 janvier 1872 (1) dit dans son exposé de

1. D. P. 1873. 1. 75.

motifs « ... Attendu, d'une part, qu'un créancier ayant de bonne foi et du consentement de son débiteur accepté au lieu et place de celui-ci, qu'il a libéré, une autre personne capable de s'obliger et qui s'est engagée envers lui sans aucune condition, a désormais action contre le nouveau débiteur ainsi substitué au premier, *quelle que fût la nature des rapports juridiques qui eussent existé entre l'ancien et le nouveau débiteur*; que celui-ci ne pourrait donc s'affranchir de son engagement envers le créancier, sous le seul prétexte que, par erreur, il se serait cru obligé lui-même envers le délégant ou que son obligation envers celui-ci aurait été reconnue et déclarée nulle par une décision passée en force de chose jugée, *attendu d'autre part, que les parties ne se trouvaient pas dans la situation prévue par l'article 1377 du Code civil*, dont la disposition placée sous la rubrique des quasi-contrats est par conséquent étrangère à l'hypothèse d'une convention expresse par laquelle un créancier, avec le concours de son débiteur, accepte un débiteur nouveau qui s'oblige envers lui... »

On voit donc que dans cet arrêt, la Cour de cassation statuant sur un cas de délégation parfaite (il n'y a aucune différence à ce point de vue entre les deux sortes de délégations), décide que le délégué ne pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il peut tirer de ses rapports avec le délégant.

A cette jurisprudence de la Cour de cassation s'oppose un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 5 mai 1892 (1), décidant qu'une « réduction de prix, prononcée au profit de l'acquéreur d'un immeuble, à la suite d'une éviction partielle, est opposable aux créanciers inscrits auxquels une délégation de prix avait été faite ; elle ne donne d'autre droit à ces créanciers auxquels une délégation de prix avait été faite ; elle ne donne d'autre droit à ces créanciers que celui d'exiger les notifications légales pour les mettre à même, s'ils le jugent convenable, de faire porter le prix à toute la valeur de l'immeuble par une nouvelle adjudication. »

Le moment est venu de dire quelle est notre opinion sur cette question difficile. Nous croyons que : pour tous les motifs particuliers qui ont servi à combattre les divers systèmes exposés ; pour la raison donnée par la jurisprudence, la Cassation en 1872 ; et surtout en vertu du principe qu'une seule cause suffit à la validité de la délégation, — il faut conclure que le délégué — le rapport du délégant au délégataire consistant dans une obligation valable — ne peut se prévaloir de la nullité de ses rapports avec le délégant, pour en tirer une exception contre le délégataire.

1. *D. P.* 1893. 2. 566.

A. — *L'obligation du délégant envers le
délégataire est nulle*

Le lien du délégué au délégant étant aussi nul, est-ce que cette double nullité peut avoir quelque influence sur les rapports du délégué avec le délégataire ? Tous les auteurs répondent affirmativement. En effet, si nous admettions tout à l'heure la solution opposée, c'est que la créance du délégataire avait une cause : *num recepit*. Or, cette raison ne subsiste plus dans l'hypothèse présente, où la créance du délégataire est nulle. Les deux causes de la délégation étant nulles, il faut conclure, en vertu du principe admis, que le délégué peut opposer au délégataire les exceptions tirées de ses rapports avec le délégant.

Nous avons dit plus haut, que la nullité de l'obligation du délégant peut-être absolue ou simplement relative. La différence entre les deux cas est la suivante : dans le cas d'une nullité relative, le droit du délégué est subordonné à l'intervention du délégant, parce que la nullité relative, avant de pouvoir être invoquée par les tiers, doit être préalablement constatée par l'intervention de qui de droit.

B. — *Le délégant fait une donation
au délégataire*

Le délégué — dont l'engagement envers le délégant est toujours non-valable — sera-t-il tenu envers le délégataire ?

Tout le monde est d'accord sur la réponse négative à cette question : Le délégué essayant de ne pas payer, cherche à éviter un dommage (*certat de damno vitando*), tandis que le délégataire cherche à s'enrichir (*certat de lucro captando*). Or, celui qui cherche à éviter un dommage, a été de tout temps considéré comme plus digne d'intérêt que celui qui tâche de réaliser un profit.

C. — *Le délégataire pourrait-il exercer
contre le délégué les garanties attachées
à la créance du délégant ?*

On répond généralement oui. Reste seulement à savoir par quel moyen juridique on pourra obtenir un tel résultat. On a proposé d'abord l'article 1166, en vertu duquel, l'action d'un créancier peut-être exercée par son propre créancier.

Le moyen serait bon, si le délégant ne pouvait être que le débiteur du délégataire. Mais nous avons vu que la convention qui intervient entre ces deux

personnes peut être faite aussi à titre de donation ou de prêt.

Dans ces deux cas, l'article 1166 n'est pas applicable, et on est donc forcé, de chercher un autre moyen juridique. La tâche n'est pas si difficile, étant donné l'analogie existant entre la situation du délégataire et celle du cessionnaire.

On fait appel, par conséquent, à la *théorie de la cession implicite*, en vertu de laquelle le délégant est censé transmettre au délégataire — au moment de la délégation — la créance qu'il a contre le délégué, et avec la créance toutes les garanties dont elle est pourvue.

On objecte à cette théorie que, dans le cas où le délégant serait le créancier du délégué, cette cession équivaldrait à une dation en payement, et on ferait alors confusion entre la délégation et la cession. On répond à cela que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne rendent coupables d'une telle confusion, parce qu'elles reconnaissent, en général, au délégataire, une action directe contre le délégué. Il en résulte donc, que le délégataire aura deux actions : l'une directe, l'autre indirecte. Évidemment ces actions ne pourront être exercées cumulativement contre le délégué. D'habitude, le délégataire préférera son action directe, et n'aura recours à l'autre que dans le cas où le délégué n'aura pas rempli son obligation.

La seule objection sérieuse qu'on puisse invoquer

contre ce système est la difficulté de la rétrocession de la créance, quand le délégataire aura été payé par le délégant. On peut penser à remplacer l'idée de transmission (cession) par celle de nantissement, étant donné que la transmission n'est nécessaire qu'en matière de propriété. Mais, avec l'idée de nantissement, un autre inconvénient se présente, à savoir le règlement de la question de possession. Nous n'insisterons pas davantage, la question ne présentant qu'un intérêt secondaire.

Le point capital dans cette discussion est que le délégataire exerçant l'action du délégant, peut venir en conflit avec les créanciers de celui-ci, ou avec le délégant lui-même (en cas de délégation d'une partie seulement de la créance), ou avec les autres délégataires :

I. — *Conflit entre le délégataire et les créanciers du délégant.*

La question ne se pose pas dans l'hypothèse où le délégant se trouve en état d'insolvabilité ; car si le délégant est solvable, il peut désintéresser tous ses créanciers, et partant, toute cause de conflit avec eux est épargnée. Donc, en cas d'insolvabilité actuelle ou imminente du délégant, quel est — vis-à-vis des créanciers de celui-ci — le droit du délégataire ?

Nous allons exposer successivement l'opinion de M. Hubert et la nôtre, sur cette question :

a) D'après M. Hubert, le délégataire a toujours un droit de préférence vis-à-vis des créanciers du délégant, en vertu des principes du paiement, du but de la délégation, et de l'analogie avec la lettre de change. A l'appui de ses deux premiers arguments, il cite une jurisprudence du tribunal civil de Nantua (1) : « Or, attendu que l'effet de la délégation consiste nécessairement à mettre le délégataire en lieu et place du délégant et à l'investir exclusivement de tous les droits compétents à ce dernier à l'égard du délégué ; que, dès l'acceptation, la créance déléguée et ses accessoires, en l'espèce, le prix privilégié de vente, cessent en quelque sorte de faire partie du gage commun des créanciers du délégant pour devenir le gage, spécial, le droit exclusif du délégataire ; que s'il en était autrement, l'utilité et la raison d'être de cette opération ne se comprendrait plus. »

Donc, en dehors même du principe de l'affectation spéciale (principe du paiement), le droit de préférence du délégataire vis-à-vis des créanciers du délégant, s'explique encore par la nature de la délégation, ou son but.

D'ailleurs, cette solution a été consacrée aussi en droit commercial. Dans ce domaine, la question se posait sous la forme suivante (1) : « La propriété de

1. Lyon-Caen, *Tr. élém. dr. com.*, p. 444.

la provision est-elle transmise avec la lettre de change au preneur ou aux porteurs successifs, de telle sorte qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du tireur, le porteur puisse se faire payer directement par le tiré, à l'exclusion de la masse de la faillite ou de la liquidation judiciaire du tireur ? » La doctrine est partagée, mais la jurisprudence décide d'une manière constante dans le sens d'un droit de priorité au profit du porteur. Cette jurisprudence est basée sur l'article 149 du Code de commerce, qui n'admet l'opposition au paiement du porteur qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur. En admettant que la propriété de la provision appartienne au tireur, ce serait violer l'article mentionné. Car, en ce cas, le syndic de la faillite ou le tireur lui-même, assisté du liquidateur judiciaire pouvant demander le jugement du tiré, celui-ci se trouverait dans l'impossibilité de faire la prestation au porteur, et par suite ce droit du tireur équivaldrait à une opposition. Mais alors en outre des cas de perte de sa lettre de change, ou de la faillite du porteur, il faudrait en ajouter un troisième, celui de la faillite du tireur. Or, comme nous l'avons dit, cela signifierait une violation de l'article 149, qui est limitatif dans son énumération.

Il reste donc, que sauf les exceptions prévues par l'article 149 du Code de commerce, le porteur a un droit de préférence sur les créanciers du tireur.

Pourtant, ce droit de préférence cesse en cas de fraude, et la fraude est toujours présumée en cas de faillite du tireur (délégant) pour certaines catégories d'actes, en vertu de l'article 446 du Code de commerce. En effet, si dans la période suspecte intervient une délégation imparfaite, qui constitue soit une donation (entre le délégant et le délégataire), soit une dation en paiement d'une dette non échue, la délégation est certainement nulle, parce qu'elle constitue une fraude. Il y a fraude, en effet, toutes les fois que le failli veut soustraire une portion d'actif à la masse ou un créancier à la loi du dividende. Il n'y a doute que dans un seul cas : lorsque le délégataire reçoit du délégué la même chose que lui devait le délégant, dont l'obligation est déjà échue. Supposons que le délégataire ait contre le délégant une créance de 1.000 francs ; que cette créance soit échue ; et que le délégant pour l'acquitter délègue à son créancier une personne qui lui doit la même somme de 1.000 francs.

Si le délégataire accepte, le délégué sera obligé de lui payer la même chose que le délégant. On se demande, dans ce cas, si le délégataire a reçu en acquittement de sa créance un paiement, ou une dation en paiement ?

Le doute provient de ce qu'on peut admettre également que le délégataire reçoit comme paiement la *créance* du délégant, ou la *valeur* de cette créance.

Dans le premier cas, on a une dation en paiement et dans le deuxième un paiement en espèce. La question présente un grand intérêt pratique, parce que la dation en paiement n'est pas valable dans notre hypothèse. En tenant un compte rigoureux des principes, ce doute ne saurait subsister, car le délégataire est censé recevoir le paiement des mains du délégant, et par conséquent la créance de celui-ci contre le délégué n'intéresse pas le délégataire. Toutefois, il y a deux raisons qui plaident pour l'admission de la solution opposée :

1^o *Dans une espèce analogue, la loi a admis cette solution par voie exceptionnelle.* — En effet, l'article 446 du Code de commerce ne considère, en principe, comme valable que le paiement en espèce (qui doit être interprété dans le sens de paiement de la chose due). Car le paiement en effets de commerce — hypothèse analogue à la délégation — n'est admis par la loi commerciale qu'en vertu d'une nécessité pratique de premier ordre : le besoin d'urgence dans la transaction des affaires.

C'est cette nécessité qui fait considérer les effets de commerce comme de la monnaie. Car, de l'avis de tous les auteurs, si la loi, guidée par ce motif, n'avait pas considéré comme valable le paiement fait en effets de commerce, la doctrine n'aurait pu l'admettre.

2^o *En permettant la délégation dans la période*

suspecte, on pourrait éluder très facilement la prohibition des datations en paiement. — En effet, la délégation imparfaite serait le moyen le plus facile pour opérer des datations en paiement ; en l'admettant on tournerait donc la loi.

En résumé, d'après M. Hubert, le délégataire a un droit de préférence vis-à-vis des créanciers du délégant, en vertu des trois arguments : le but de la délégation, le principe du paiement, et l'analogie avec la lettre de change.

b) Nous ne pouvons accepter cette manière de voir de M. Hubert, pour les raisons suivantes :

1° Le but de la délégation qui serait de faire parvenir définitivement une valeur dans le patrimoine du délégataire, ne peut pas constituer un argument, car il s'agit précisément de savoir dans quelle mesure ce but peut être atteint par le jeu des principes. S'appuyer sur un tel argument, ce serait commettre une pétition de principe.

2° Le principe du payement ne peut constituer non plus un argument, parce qu'il est compatible avec les deux systèmes — de la préférence ou du concours — comme nous le verrons dans la suite.

3° Enfin, l'analogie avec la solution donnée pour la lettre de change est — selon notre avis — complètement fausse. M. Hubert dit que dans la lettre de change le porteur a un droit de préférence sur les créanciers du tireur, sauf dans le cas où la délégation

tion a été conclue pendant la période suspecte. Nous ferons remarquer, subsidiairement, que le droit de préférence cesse pendant cette période parce que la délégation même, cesse de pouvoir être conclue, et que par conséquent, dans le domaine commercial, le délégataire a toujours un droit de préférence, si, bien entendu, la délégation a lieu.

Mais la question importante est de savoir si le droit de préférence du délégataire en droit commercial constitue un argument pour une solution analogue en droit civil? Nous ne le croyons pas, quoique la délégation conserve une même nature dans les deux domaines.

En effet, la cession, qui garde comme la délégation le même caractère dans les deux branches du droit, a reçu pourtant des solutions très différentes dans ces deux domaines. Car, dans le droit commercial, le cessionnaire a toujours un droit de préférence vis-à-vis des créanciers, tandis qu'il ne jouit de cet avantage que dans certains cas, dans le droit civil. Au lieu donc d'une analogie entre les deux domaines du droit, nous ne constatons qu'une similitude de solutions apportée par le droit commercial à la cession et à la délégation—institutions différentes—quoique sur le point qui nous intéresse ici, il y ait communauté de situation. Cette similitude de solutions prouve bien qu'elles sont imposées par une *cause commune particulière au droit commercial*. Or, elle

est facile à trouver : *c'est la procédure collective de l'exécution.*

C'est parce que la cession et la délégation valables sont, en droit commercial, *toujours antérieures* au commencement de la poursuite par les créanciers qui doivent, par conséquent, subir le droit de préférence du cessionnaire et du délégataire. Car, par la cession ou la délégation, la partie du patrimoine, qui constitue leur objet, est censée ne plus appartenir au cédant ou au délégant ; et, par là même, elle est sortie du gage des créanciers respectifs qui ne pourront donc pas la réclamer plus tard quand ils feront valoir leurs droits.

Au contraire, si dans le droit civil, comme nous allons le voir, le délégataire et le cessionnaire n'ont pas toujours un droit de préférence vis-à-vis des créanciers, *c'est en vertu du même principe de l'antériorité, mais qui fonctionne parfois d'une manière inverse*, grâce au caractère *successif* de la *procédure des saisies*, et surtout à la possibilité pour le débiteur poursuivi de conclure des *actes juridiques valables*.

Car, il arrive souvent que les poursuites des créanciers, les saisies-arrêts, sont antérieures à la cession ou à la délégation ; donc, ni le cessionnaire, ni le délégataire ne peuvent prétendre, dans ce cas, un droit de préférence, parce qu'ils n'ont pas la *saisine vis-à-vis de ces créanciers*.

A la question posée tout à l'heure, nous pouvons donc répondre : *on ne peut conclure du droit de préférence du délégataire en droit commercial à une solution analogue en droit civil, parce que le droit de préférence est en fonction de la procédure d'exécution qui n'est pas la même pour les deux branches du droit.*

* * *

Nous avons dit que la délégation et la cession se ressemblent en ce qu'elles consistent dans l'affectation spéciale d'une partie du patrimoine du délégant ou du cédant qui sort du gage des créanciers ; et que par conséquent il y a lieu d'appliquer en cas de conflit entre les délégataires et les créanciers du délégant les mêmes règles (1) qu'entre les cessionnaires et les créanciers du cédant. Appliquant ce principe, nous dirons qu'il faut distinguer deux hypothèses, suivant qu'il y a un seul créancier saisissant ou plusieurs. La raison en est que dans la seconde hypothèse s'élèvent beaucoup de difficultés qui n'existent pas dans la première.

Première hypothèse. — Il y a un seul créancier saisissant.

Si le délégataire accepte la délégation dans un acte sous seing privé dont la date certaine est antérieure à la signification de la saisie, le délégataire a

1. Voyez la Jurisprudence de la Cour d'Appel de la Guadeloupe, 16 mai 1851. *D. P.*, 51. 2. 224.

sans doute un droit de préférence. Mais si, au contraire, l'acceptation de la délégation est postérieure à la saisie-arrêt, le droit de préférence du délégataire cesse. Deux situations peuvent alors se présenter : si la saisie-arrêt n'a pas encore été validée, le délégataire et le saisissant viendront en concours sur toute la somme saisie-arrêtée. Si la validation a eu lieu, le délégataire ne viendra alors qu'après le saisissant sur la partie restée disponible. Sur les trois cas prévus par cette hypothèse, le délégataire n'a donc préférence que dans un seul. Dans les deux autres, il entre en concurrence avec les créanciers ou leur cède le pas.

Deuxième hypothèse. — S'il y a plusieurs créanciers.

Cette hypothèse constitue une des plus grandes controverses qu'il y ait dans le droit. Suivant M. Planiol (1), on a compté jusqu'à vingt-deux systèmes. Sans doute, entre la plupart, il n'y a que des différences de détail ; le fait est cependant assez significatif de la difficulté du problème. Ce qui explique cette grande controverse, c'est que la cession ou la délégation, au lieu de venir seulement avant ou après la saisie, comme il arrive dans l'hypothèse précédente, peuvent intervenir entre deux saisies. Et dans ce cas, on se demande si la situation des deux saisissants vis-à-vis du délégataire ou res-

1. *Op. cit.*, vol. 2. Cession, p. 530.

pectivement entre eux, doit être ou non la même. Parmi les systèmes qu'on a proposés en réponse à cette question, nous exposerons les quatre principaux.

Premier système. — La créance saisie-arrêt est frappée d'indisponibilité absolue. Aucune délégation ne peut être faite, à moins que le saisissant n'ait donné main-levée avant toute autre opposition. Pourtant, si le saisi a consenti une délégation, elle vaudra comme saisie, et le délégataire viendra en concours avec tous les créanciers opposants, tant postérieurs qu'antérieurs à la délégation.

Ce système, qui est conforme à l'ancien droit est soutenu par Dalloz (1), comme étant le plus logique. Cependant, on fait à ce système le grave reproche de mettre le saisi hors le droit commun, en lui enlevant le droit d'aliéner ; cette situation peut, en outre, devenir tout à fait inique quand la cause de la saisie est très inférieure à la valeur de la créance saisie.

Deuxième système. — L'indisponibilité n'est que partielle. La saisie-arrêt ne frappe d'indisponibilité la somme due par le tiers saisi que jusqu'à concurrence des causes de l'opposition, l'excédent pouvant être cédé par le saisi à des tiers ; les créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à la délégation doivent venir, par contribution seulement, sur la somme arrêtée avant l'acceptation.

1. *Rep. législ.* vol. 15, n° 178 ; vol. 39, n° 425 et suiv.

Dans ce système, le délégataire a un droit de préférence vis-à-vis des saisissants postérieurs, et seulement à l'égard d'eux ; car en ce qui concerne les saisissants antérieurs, le délégataire ne vient qu'après eux, sur la partie de la créance restée disponible.

Sur cette portion, le délégataire ne vient en concours avec personne ; mais les créanciers soit antérieurs, soit postérieurs à la délégation, tous viennent entre eux en concours sur la partie rendue indisponible par les saisies antérieures.

On objecte à ce second système que les créanciers saisissants antérieurs devant subir le concours des créanciers postérieurs, après la diminution de la créance saisie par l'effet de la délégation, se trouvent dans une situation contraire à la règle, en vertu de laquelle le saisi ne peut nuire au saisissant par des actes postérieures à la saisie. Cependant ce système a prévalu dans la jurisprudence (1).

Troisième système. — Celui-ci n'est que le précédent, mais modifié dans le sens que les créanciers saisissants antérieurs ont un droit de recours contre le délégataire pour obtenir, comme disent Aubry et Rau (2), la bonification de la différence en moins entre la somme qu'il recevra par suite de ce partage et celle qu'il aurait obtenue, si la totalité de la

1. Dalloz, *Rép.*, t. XV, n° 149.

2. *Op. cit.*, vol. IV, p. 436, 4^e éd.

créance avait été proportionnellement répartie entre lui, le cessionnaire, et les nouveaux saisissants ».

Dalloz objecte que ce système est illogique, car le droit de recours du saisissant antérieur contredit la validité de la délégation.

Nous répondons qu'il en serait ainsi, évidemment, si on admettait la disponibilité absolue de la partie de la créance non-saisie. Mais dans le système d'Aubry et Rau, que nous adoptons, cette disponibilité n'est que relative : *elle est entière vis-à-vis des créanciers postérieurs, et limitée, quant aux créanciers antérieurs*. Cette solution est conforme aux principes, car le délégataire ayant la saisine de la partie disponible avant les créanciers postérieurs, il jouit vis-à-vis de ceux-ci d'un droit de préférence absolu et, au contraire, le délégataire n'étant saisi de la créance qu'après les saisissants antérieurs, il ne peut avoir envers ceux-ci que le droit d'un simple opposant, c'est-à-dire le droit de venir en concours avec eux.

Quant à l'objection tirée de la pratique que, par suite du recours accordé au créancier saisissant antérieur, le saisi ne trouvera plus aucun délégataire, et que la partie non saisie de la créance sera — de fait — frappée d'indisponibilité absolue, nous répondons :

D'abord, c'est une exagération, car dans la pratique il se présentera toujours des cas où la délégation

tion aura lieu ; ensuite, si l'indisponibilité pratique n'est que relative, elle ne peut pas constituer un argument contre un système caractérisé par l'indisponibilité théorique relative. Nous concluons donc, en admettant sans réserve ce troisième système proposé par Aubry et Rau.

Quatrième système. — Nous ne le mentionnons qu'à titre de curiosité. Il suppose que la partie de la créance non-saisie est absolument disponible, soit à l'égard des créanciers antérieurs, soit à l'égard des créanciers postérieurs. Donc, pas de recours possible contre le délégataire, le droit de celui-ci étant irrévocable vis-à-vis de tout le monde. Le vice de ce système consiste en ce que les créanciers saisissants postérieurs ne peuvent pas venir en concours avec ceux qui sont antérieurs à la délégation.

On invoque en faveur du droit exclusif des créanciers antérieurs l'analogie avec le paiement et la compensation : celles-ci déterminent une diminution du gage des créanciers postérieurs dans la même proportion que leurs objets, en faveur des créanciers antérieurs pour lesquels ces opérations ont été accomplies. Mais, pour que cet argument en soit un, il faut prouver d'abord que le paiement et la compensation ont vraiment l'effet indiqué, — ce qui est fort contestable. Reste donc que l'argument d'analogie ne peut pas être invoqué et que, par contre, cette inégalité entre les créanciers antérieurs et pos-

térieurs contredit le principe de l'abolition du privilège du premier saisissant, inscrit d'une manière implicite dans l'article 2093 du Code civil. Nous repoussons donc ce système, au nom du principe de l'égalité des créanciers, qui n'ont pas un droit spécial.

En résumé, nous constatons que, dans les deux hypothèses, le délégataire en concours avec les créanciers du délégant, n'a droit de préférence sur ceux-ci, que dans les cas où la délégation est antérieure aux saisies des créanciers.

Ce résultat confirme donc, d'une manière péremptoire, que le droit de préférence du délégataire dépend seulement de la nature de la procédure d'exécution.

II. — *Conflit entre le délégataire et le délégant*

Supposant que le délégant a délégué au délégataire une partie seulement de sa créance, que le déléguant et le délégué sont tous les deux insolvable, que la créance du délégant contre le délégué — la seule qui nous intéresse ici — ne donne qu'un dividende, le délégataire viendra-t-il en concours avec le délégant, ou aura-il un droit de préférence contre celui-ci ?

En matière de cession partielle, le cédant et le cessionnaire ont droit aux garanties proportionnellement à l'étendue de leurs créances. Donc, point de préférence. Nous croyons que la même solution

doit-être admise dans la délégation imparfaite, parce qu'en définitif il n'y a aucune raison sérieuse de la repousser.

Évidemment, on peut déroger à cette règle par une disposition expresse qui stipule le droit de préférence du délégataire, ou, ce qui est la même chose, l'obligation de garantie du délégant.

Mais, faute d'une telle disposition, le délégant et le délégataire viendront en concours. On objecte à cette opinion que le délégant, étant l'obligé du délégataire, ne peut venir qu'après celui-ci.

M. Capitant (1) répond que : « l'obligation à laquelle est tenu le délégant est indépendante du droit de créance qu'il a contre le délégué. Quand donc lui-même, ou ses ayants-cause — par exemple, les délégataires postérieurs — auxquels il aurait cédé le reste du prix, poursuivent l'acheteur, c'est-à-dire le délégué, le délégataire n'a aucun titre qui lui permette d'invoquer entre eux un droit de préférence ».

Et M. Hubert (2), pénétrant plus avant dans l'analyse de la question, montre pourquoi cette indépendance de l'obligation vis-à-vis de la créance, ou en d'autres termes, pourquoi l'obligation du délégant envers le délégataire ne peut être considérée comme une obligation de garantie, ce qui donnerait sans

1. Cour de Toulouse, 4 avril 1895. *D. P.* 98. 2. 337.

2. *Op. cit.*, p. 186.

doute un droit de préférence au délégataire. Il donne à cela deux raisons :

1° L'action du délégataire contre le délégant ne résulte pas de la délégation, mais d'un rapport juridique antérieur.

2° Le délégataire n'est pas obligé de discuter préalablement le délégué ; il peut s'adresser d'abord, s'il le veut, au délégant.

Comme nous l'avons déjà indiqué, tous les auteurs ne sont pas d'accord sur cette question. En particulier, Troplong combat cette opinion avec le plus de force. D'abord il invoque l'argument auquel nous avons opposé l'opinion de MM. Capitant et Hubert, à savoir que le cédant doit, en sa qualité de vendeur, « faire jouir » le cessionnaire du droit qu'il lui a cédé ; ensuite il invoque la « nécessité de la bonne foi ». Car le cédant serait de mauvaise foi si, après avoir touché le prix de la cession, il empêchait, par son fait, le cessionnaire de recouvrer la somme déboursée.

Nous croyons avec Murlon (1), que l'opinion de Troplong est erronée, pour les motifs suivants exposés par le premier. Les principes qu'invoque Troplong sont purement imaginaires. Où donc est écrite cette prétendue obligation de faire jouir ? Le cédant doit garantir l'existence de la créance (art. 1693). Il ne répond point de l'insolvabilité du débiteur cédé

1. F. Murlon, *Commentaire de Troplong*, p. 985-990.

ni même au moment de la cession (1694, 1695). On ne vend pas au cessionnaire une créance bonne et utile, mais une créance. *Proestat veritatem, non bonitatem nominis*. Et si cette obligation de faire jouir le cessionnaire n'existe pas quand la cession est intégrale, qui nous autorise à l'imposer au cédant, quand la cession n'est que partielle ? Dire que le cessionnaire aura la priorité, c'est dire que le cédant est obligé de garantir l'insolvabilité actuelle et future du cédé, donc de violer deux fois la loi. Mais Troplong invoque la nécessité de la bonne foi. Il est difficile de comprendre le sens et la portée de cette bonne foi.

a) Si on entend par elle qu'il ne faut pas violer la maxime *quem de evictione tenet actio...*, on peut répondre que le cédant agit en vertu de la qualité de co-créancier ; que le cédant s'est réservé tacitement le droit que le cessionnaire a reconnu aussi tacitement.

b) Si on entend par la bonne foi que l'équité doit ici faire fléchir la rigidité du droit, on peut répondre que M. Troplong n'a pu avoir en vue cette équité, car autrement il n'aurait pas admis que les cessionnaires doivent venir en concours. En effet, il a admis que le cédant peut faire par l'intermédiaire du cessionnaire ce qu'il ne pourrait pas faire tout seul. Et si cela a lieu, cela ne peut pas se nommer de la bonne foi. « D'où le dilemme suivant : M. Troplong

persiste-t-il dans son premier système ? Alors qu'il abandonne le second. Préfère-t-il le second ? qu'il reconnaisse alors la fausseté du premier. »

III. — *Conflit entre les délégataires*

De même que pour le conflit entre le délégataire et le délégant ou les créanciers de celui-ci, la doctrine et la jurisprudence s'occupent plutôt des conflits entre les cessionnaires que de ceux qui peuvent s'élever entre les délégataires. Mais nous l'avons déjà dit, il n'y a aucune raison de repousser pour la délégation les solutions données pour la cession ; aussi allons-nous envisager, avec le même intérêt, la doctrine et la jurisprudence de la cession et de la délégation, au point de vue spécial qui nous intéresse.

Sur la solution à donner en cas de conflit entre délégataires, on peut imaginer trois systèmes : de la préférence par la date des inscriptions, quand il s'agit d'une créance hypothécaire ; de la préférence par la date des notifications ou des acceptations ; et du concours.

Nous annonçons au lecteur que la discussion se déroulera sur la cession.

a) *Système de la préférence, par la date des inscriptions.* — Nous ne trouvons à cet égard qu'un arrêt de la Chambre des requêtes, du 20 novembre

1865 (1), qui repousse ce système, parce que la prise de l'inscription, en conservant la qualité de la créance, ne change en rien les rapports entre ses titulaires ; ensuite, parce qu'il n'existe aucune analogie avec l'hypothèse prévue par la loi de 1885.

«... Attendu, en droit, que si, entre créanciers hypothécaires d'un même débiteur, nantis de titres différents, la préférence se règle sur l'antériorité de l'inscription, et si les créances inscrites le même jour viennent en concurrence, cette règle n'est pas applicable aux cessionnaires partiels et successifs d'une même créance ; qu'au cas de cessions successives d'une créance hypothécaire non encore inscrite, l'inscription ultérieurement requise par le porteur du titre, fixe le rang de l'hypothèque par rapport aux autres hypothèques grévant le même immeuble, et que, sous ce rapport, l'inscription prise par chacun des cessionnaires, au nom de leur cédant, attribue à la date de cette inscription, rang à la créance entière, comme si elle eût été prise par le cédant lui-même.

» Attendu que le rang de cette créance une fois fixé, par rapport aux autres créances hypothécaires, la préférence, entre les cessionnaires successifs de la dite créance, n'était plus à régler par les principes de l'hypothèque, mais bien par ceux de la cession

1. D. P. 66. 1. 161.

consignés dans l'article 1690 ; qu'à la vérité, l'article 9 de la loi du 25 mars 1855 dispose que le rang, entre les subrogations et cessions faites par la femme de son hypothèque légale, sera réglé par la date des inscriptions, mais que c'est là un droit exceptionnel introduit pour atténuer autant que possible les effets de la clandestinité de l'hypothèque légale de la femme, qui ne serait pas justifiée par des raisons égales dans son application à des cessions d'une créance ordinaire. » Le raisonnement de cet arrêt nous paraissant exact, nous n'insisterons pas.

b) *Système de la préférence par la date de notifications ou des acceptations.* — Ce système suppose l'application de l'article 1690. Comme nous l'avons dit déjà, cet article n'est pas applicable à la délégation. Toutefois, on pourrait se demander si les acceptations sous seing privé et ayant une date certaine antérieure ne passent pas avant celles qui ont date certaine postérieure.

Dans l'hypothèse de la cession, l'arrêt précité soutient l'application de l'article 1690. Mais nous sommes du même avis que l'auteur de la note intéressante qui se trouve au bas de cet arrêt, à savoir que quelle que soit l'opinion professée sur le système de la préférence, il est hors de doute que l'application de l'article 1690 est impossible dans cette affaire. En effet, le rôle de l'acceptation et de la notification prévu par cet article, est de saisir les cessionnaires

vis-à-vis des tiers, qui prétendent exercer un droit sur la créance elle-même. Mais on ne voit pas en quoi le concours des cessionnaires successifs sur le dividende afférent à la créance cédée, altérerait les effets de la saisie produite par chacun de ces transports. Chaque cessionnaire est respectivement créancier du cédé; c'est le seul titre, toujours le même, qui appartient à chacun. Donc, il n'est que juste d'admettre le concours entre eux. C'est à cette conclusion de la nécessité du droit de concours, qu'avait abouti Mourlon, dans son *Traité de la subrogation*. Mais, depuis lors, il a changé d'opinion, en adoptant le système de la préférence, basé — non sur l'application de l'article 1690 — mais sur un pacte tacite, en vertu duquel le cédant, et avec lui tous ses ayants-cause particuliers, a renoncé à son privilège de venir en concours avec le cessionnaire.

Cette évolution de Mourlon est assez intéressante, et mérite qu'on s'y arrête. Quand il préconisait la concurrence entre les cessionnaires, son raisonnement était le suivant (1) : Si le cédant, par une clause expresse s'est engagé vis-à-vis du cessionnaire à garantir la solvabilité actuelle du cédé, évidemment il ne saurait venir en concours avec le cessionnaire, parce que *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Tous les ayants-cause uni-

1. *Op. cit.*, p. 991 et suiv.

A. Badareu Tomsa

versels seront dans la même situation. Au contraire, les ayants-cause particuliers (les cessionnaires postérieurs, par ex.) ne seront pas tenus de subir la priorité du cessionnaire antérieur, car on ne succède pas aux obligations à titre particulier. Et, comme la nature de la créance n'a pu être affectée par l'obligation personnelle du cédant, il s'ensuit que tous les cessionnaires ont des droits égaux, et qu'ils peuvent venir en concours, conformément au principe : *privilegiatus non habet privilegium contra acq̃ue privilegiatum*.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, Mourlon (1) abandonne ce système de la concurrence pour celui de la préférence, qu'il justifie de la façon suivante : Il n'y a, dit-il, aucune analogie, comme le suppose M. Troplong, avec la vente, dans laquelle la convention est susceptible de toutes les modifications qui conviennent aux parties, et que celles-ci sont tenues de respecter. Mourlon considère cet argument d'analogie comme une pétition de principe, car avant d'expliquer le droit de préférence par le jeu de la liberté de convention, il faut d'abord prouver qu'un droit de préférence, ayant une telle origine, se trouve en harmonie avec la loi. Car il ne faut pas oublier qu'en dehors du gage, tous les privilèges naissent de la loi. En répudiant l'analogie

1. *Op. cit.*, p. 996.

avec la vente, Mourlon propose comme explication du droit de préférence du cessionnaire, l'existence d'un pacte tacite, en vertu duquel le cédant renonce — et avec lui tous se ayants-cause particuliers — au droit qu'il avait de venir en concours avec le cessionnaire au privilège de contrecarrer le droit du cessionnaire. C'est vrai — dit Mourlon (1) — que la créance est de même nature et qualité, mais le cédant s'est obligé à la payer. Cette promesse est équivalente à l'engagement de ne point l'entraver dans son exercice. Or, s'engager à ne pas mettre son privilège en conflit avec un privilège qu'on a cédé, c'est tacitement y renoncer au profit du cessionnaire. On ne peut pas admettre que le cédant se soit réservé la faculté d'éluder son engagement. Cette réserve serait contraire à la bonne foi. Et ce n'est pas la mauvaise foi qui se présume. Donc, la portion de créance cédée doit être colloquée la première puisqu'elle est privilégiée, tandis que celle qui est restée dans son patrimoine, est, relativement au cessionnaire, purement chirographaire. Ce privilège sans rival constitue un droit réel, absolu, opposable aux ayants-cause du cédant, comme au cédant lui-même.

c) *Le système du concours.* — C'est celui que nous admettons, parce que lui seul est conforme aux prin-

1. *Op. cit.*, p. 995.

cipes. Car, sauf stipulation contraire, le cédant n'est tenu de garantir que l'existence de la créance. Si donc la créance existe, et si seulement le cédé se trouve insolvable au jour de l'échéance, le cessionnaire ne pourra passer avant le cédant ou ses ayants cause à titre particulier (à savoir les cessionnaires postérieurs) parce que le cédant n'a pas garanti le paiement, parce qu'il n'y a pas lieu donc, d'appliquer le principe *Quem de evictione*... Mais il peut arriver que par des stipulations expresses, les parties modifient cette garantie de droit, soit en « plus » soit en « minus ». Cette modification de la garantie de droit s'appelle garantie de fait; et d'après Aubry et Rau (1), on peut employer — suivant le degré d'efficacité qu'on veut donner à la garantie — une quadruple formule.

1^o *La clause pure et simple de garantie.* — Elle n'ajoute rien à la loi. Toutefois Troplong pense que cette clause signifie la garantie de la sensibilité actuelle du cédé. A cela, Aubry et Rau répondent juridiquement, qu'en tout cas il y a un doute, qui doit être interprété en faveur du promettant, conformément à l'article 1162 du Code civil.

2^o *La clause de garantie de fait.* — Elle est équivalente à la clause de garantie de la solvabilité actuelle.

1. Sur Zachariæ, vol. III, § 359, p. 317-318.

3° *La clause de garantie de tous troubles et empêchements quelconques.* — Elle a la même signification que la clause précédente.

4° *La promesse de fournir et faire valoir.* — Elle est l'équivalent de la clause qui garantirait la solvabilité actuelle et future.

*
* * *

En ce qui concerne la jurisprudence, nous allons constater que la grande majorité des arrêts se trouvent en accord avec l'opinion que nous adoptons. La *Cour de cassation*, 7 mars 1865 (2) : Les créanciers auxquels le vendeur d'un immeuble a, dans l'acte de vente, délégué le prix de cette vente, avec subrogation dans son privilège de vendeur, doivent être colloqués sur le prix délégué, non pas d'après les dates respectives de leurs acceptations mais par concurrence entre eux, comme les divers cessionnaires successifs de portions d'une même créance.

La *Cour de Nancy*, 9 mars 1858 (1) : Dans cet arrêt, deux points sont à noter. D'abord, le principe que les cessionnaires doivent venir en concours. Ensuite, la possibilité de déroger à ce principe par une stipulation expresse, mais qui ne saurait consis-

1. S. 65. 1. 165.

ter dans une clause par laquelle on garantit la solvabilité actuelle et future du cédé. Voici, tour à tour, l'affirmation du principe du concours et de la dérogation à ce principe : « Attendu, en droit, qu'il est de principe certain que les cessionnaires partiels d'une même créance privilégiée n'ont aucun droit de préférence entre eux, résultant de la date.

« ... Attendu qu'une exception à ce principe ne pourrait être admise que dans le cas où le cédant aurait expressément stipulé, en faveur d'un cessionnaire partiel, un droit de préférence exclusif...

» ... Attendu qu'il n'en est pas ainsi dans l'espèce...

... la clause identique de garantie de solvabilité actuelle et future de leur débiteur C..., n'a pas modifié le droit commun d'égalité de date différente, applicables à la même créance...

... Que c'est à tort que l'on voudrait l'assimiler à une stipulation expresse de préférence ou d'antériorité...

La Cour de Paris, 17 avril 1834 (1) : Cet arrêt est d'accord avec le précédent sur la question de principe ; mais il en diffère sur le point secondaire de savoir qu'elle doit être la forme de la stipulation dérogatoire. En effet, d'après cet arrêt, la clause de garantie, fournir et faire valoir, avec subrogation dans ses droits, privilèges et hypothèques, constitue

1. P. D. 35.2. 175.

un droit de préférence au profit de celui auquel a été faite cette clause dérogatoire.

La Cour de cassation, 29 mai 1866 (1) : « Attendu qu'entre créanciers privilégiés la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges (2096) ; que les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence (2097) ; que les cessionnaires des créances privilégiées exercent tous les mêmes droits que leur cédant en son lieu et place (2112) ; attendu qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que les cessionnaires de diverses portions d'une même créance privilégiée doivent être payés par contribution sans égard aux dates des différentes cessions, à moins qu'il n'ait été dérogé à cette règle par la convention des parties ».

1. P. D. 66.1.481.

CPAPITRE V

LE ROLE DE LA DÉLÉGATION IMPARFAITE

Le rôle de la délégation imparfaite est celui d'opérer des transports des valeurs. Mais ce n'est pas un rôle qui lui soit propre.

En effet, nous avons constaté en examinant les limites de la notion de délégation imparfaite, que des institutions juridiques qui la voient, par exemple, la cessation ou la stipulation pour autrui, ont pour fonction aussi, le transport des valeurs.

Ici, il s'agit de voir si ces transports s'opèrent toujours de la même manière, et, au cas contraire, s'il existe une manière de transport qui soit propre à la délégation imparfaite.

Nous suivrons surtout M. Hubert (1) dans le présent exposé.

A priori, on peut concevoir trois espèces de transports :

a) Le droit nouveau est indépendant de l'ancien.

1. *Op. cit.*, p. 191.

Ce qu'on transporte, ce n'est que la valeur matérielle du droit;

b) Le droit nouveau est modelé sur l'ancien. En même temps que la valeur matérielle, on transporte aussi l'essence du rapport juridique;

e) Le droit nouveau n'est autre que l'ancien. La relation juridique est la même; on n'a changé qu'un de ses sujets, ou tous les deux à la fois. Entre le troisième mode de transfert et les deux autres, il y a une différence considérable. En effet, dans le troisième, le rapport juridique n'est aucunement changé, tandis que dans les deux autres, c'est le rapport même qui a été modifié. Cette différence rend nécessaire l'emploi de dénominations spéciales. La troisième espèce de mutation de valeurs s'appelle *succession*, les deux autres transferts. Seulement la première est un *transfert pur et simple*, parce qu'on fait mutation simplement de la valeur matérielle du droit, tandis que la deuxième est un *transfert qualifié* (de créance ou de dette), parce qu'on transporte avec la valeur l'essence même de la créance ou de la dette.

Si nous examinons les choses *a posteriori*, nous trouverons dans la vie du droit des illustrations pour chacune des catégories de transfert imaginées plus haut.

D'abord, en matière de droits réels, les transmissions d'immeubles sont des successions de droit,

parce que l'acquéreur a les mêmes droits que l'aliénateur. Au contraire, les transmissions de meubles — tout au moins, quand l'acquéreur est de bonne foi, ne sont que des transferts qualifiés.

Ensuite, dans le domaine des droits personnels, il n'y a aucune difficulté pour le transport pur et simple ou pour le transport qualifié, qui ont toujours été admis dans toutes les législations ; seulement, pour la succession, il y a quelques difficultés.

La question est très intéressante au point de vue historique. Dans le droit romain primitif, comme à l'origine de toutes les législations, l'obligation fut considérée comme un rapport personnel entre le créancier et le débiteur, qui devait disparaître nécessairement par l'effet de la transmission. Cette conception de la nature de l'obligation était due à deux causes : le formalisme et le caractère personnel du gage. Le formalisme — parce que toute modification ou transmission d'un droit s'opère avec une forme solennelle ; dans ce cas, les parties sont implicitement forcées d'établir un rapport juridique nouveau et indépendant. La personnalité du gage — parce que le débiteur ne répond pas avec son patrimoine, mais avec sa personne, comme le prouve d'ailleurs l'étymologie même du mot obligation.

Donc, la personnalité du droit est incompatible avec l'idée de succession, qui suppose la persistance du rapport juridique, dans sa partie principale

comme dans ses « accessoires ». Mais cette conception de la personnalité s'affaiblit peu à peu et aujourd'hui, tout au moins, dans la législation germanique, nous trouvons à sa place la conception de la patrimonialité. C'est-à-dire qu'au lieu d'être considéré comme un rapport personnel entre le créancier et le débiteur, le droit est regardé comme une valeur positive ou négative dans les patrimoines respectifs des deux sujets, actif est passif. On conçoit facilement que la succession devienne possible dans cette hypothèse. Mais il est intéressant d'esquisser les phases de l'évolution mentionnée.

L'idée de succession fut admise d'abord par les transmissions à titre universel, et dans ce domaine, d'abord pour les créances, ensuite pour les dettes. Mais cette idée de succession ne put se faire jour que grâce à une fiction : à savoir que le successeur est le continuateur de la personne du défunt. Pour les transmissions à titre particulier, l'évolution vers l'idée de succession fut plus difficile, parce qu'on ne pouvait recourir à la fiction mentionnée. Cependant la pratique finit par l'imposer en ce qui concerne les créances car la *procuratio in rem suam* n'était que la succession, au point de vue actif, d'un rapport juridique. La doctrine, au contraire, résista à cette impulsion, car, même au moyen âge, on faisait encore la distinction entre l'action directe, qui appartient au cédant, et l'action utile, qui appartient au

cessionnaire. Cette distinction résidait elle-même sur celle qu'on faisait entre l'*émolumentum* (le bénéfice) de la créance, et le *nominis* (titre) de la créance. Mais ces distinctions disparurent à partir du xvi^e siècle, quand la doctrine reconnut la légitimité de la succession dans les transmissions de créances à titre particulier. Pour les dettes, la question sommeilla jusqu'à ce qu'en 1845 le jurisconsulte allemand Delbrück attirât l'attention sur la nécessité d'étendre aux dettes le principe déjà admis pour les créances. Ce fut sa théorie de la *Schuldübernahme*.

La voix de la doctrine fut entendue par le législateur de 1900, et le nouveau Code allemand admet la succession dans la transmission des dettes à titre particulier.

En France, la loi se tait à cet égard.

Mais revenons à notre sujet, et examinons quels sont les modes de transmissions propres à la délégation imparfaite.

D'abord, *le transfert pur et simple* peut être parfaitement accompli par la délégation. Il est même caractéristique de notre institution.

Ensuite, *le transfert de créance et de dette* ne peut être opéré par la délégation imparfaite qu'au moyen d'une stipulation expresse, modelant l'obligation du délégué envers le délégataire sur celle du délégué envers le délégant en cas de transfert de créance, ou

d'après celle du délégant envers le délégataire en cas de transfert de dette.

Enfin, *la succession d'une créance ou d'une dette* ne peut jamais s'opérer au moyen de la délégation imparfaite, attendu qu'il y a contradiction absolue entre cette institution, qui implique l'intervention d'un élément nouveau dans la transmission du rapport juridique et la succession qui suppose, au contraire, la persistance intacte du rapport pendant sa transmission. La question a été examinée minutieusement par M. Gaudemet (1) pour la succession des dettes et cet auteur arrive à une solution opposée à celle que nous préconisons : en posant le problème législatif de la succession des dettes, il constate que cette succession réclame l'existence de trois conditions :

1° Que l'ancien débiteur soit complètement libéré ;
2° Que le rapport juridique ancien soit transporté intact.

3° Que le consentement des deux débiteurs suffise.

Or, aucune de ces trois conditions ne peut se réaliser par la délégation imparfaite : d'abord, parce que l'ancien débiteur reste obligé, ensuite, parce que le rapport juridique du délégué envers le délégataire contient quelque chose de nouveau ; enfin, parce que le consentement des deux débiteurs ne suffit pas : si

1. *Op. cit.*, p. 27. Introduction,

le concours du délégataire fait défaut, l'opération n'est pas une délégation, mais une indication de paiement.

Il reste donc vrai — comme nous l'avons dit plus haut — qu'entre la délégation imparfaite et l'idée de succession, il y a une antinomie irréductible.

CONCLUSION

Le rôle propre à la délégation imparfaite dans le domaine des mutations de valeurs est d'opérer des transferts purs et simples.

Et encore faut-il apporter, ici même, des restrictions : par suite de la découverte de la clause à l'ordre et des autres institutions qui étaient — comme nous l'avons dit plus haut dans les « Considérations générales » — ignorées dans le droit romain, la délégation imparfaite se trouve exclue, de fait, du droit commercial moderne. En ce qui concerne le domaine civil, depuis que la stipulation pour autrui a acquis l'importance considérable, dont elle jouit actuellement, le rôle de la délégation imparfaite s'est amoindri sensiblement.

Pourtant, la délégation imparfaite subsistera, comme nous l'avons déjà vu lors du parallèle établi entre elle et la stipulation pour autrui, à cause : de la rigidité qu'elle apporte dans la conclusion de la convention ; de l'efficacité qu'elle donne à l'exécution de la convention ; enfin, de l'étendue du

domaine de la délégation imparfaite, plus remarquable à un certain point de vue, que l'étendue du domaine de la stipulation pour autrui.

Toutes ces considérations contingentes qui distinguent la délégation imparfaite constituent la valeur actuelle de notre institution, dont la gloire restera surtout dans la fonction historique qu'elle a accomplie, en servant d'origine aux institutions, qui maintenant la confinent, et lesquelles se sont développées à ses dépens, conformément à cette loi, que l'évolution progressive s'opère par différenciation.

Vu : le Président de la thèse,

PLANIOL

Vu : le Doyen,

F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.....	5
PLAN DE L'OUVRAGE.....	10

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Droit romain.....	11
§ 1. — La Nature de la délégation.....	11
§ 2. — Les Effets de la délégation.....	22
A. — Les Relations entre le délégué et le délé- gant.....	22
B. — Les Relations entre le délégant et le délé- gataire.....	24
C. — Les Relations entre le délégué et le délé- gataire.....	25
Premier point : l'influence de la provision et de la <i>valuta</i> sur la stipulation du délégataire.	27
a) <i>Provisio-solvendi</i> ; <i>voluta-solvendi</i>	27
b) <i>Provisio-solvendi</i> ; <i>voluta-donanti</i>	32
c) <i>Provisio-donanti</i> ; <i>voluta-solvendi</i>	34
d) <i>Provisio-donanti</i> ; <i>voluta-donanti</i>	36
e) <i>Provisio-solvendi</i> ; <i>voluta-credendi</i>	37
f) <i>Provisio-credendi</i> ; <i>voluta-solvendi</i>	37
g) <i>Provisio-credendi</i> ; <i>voluta-credendi</i>	38
h) <i>Provisio-donandi</i> ; <i>voluta-credendi</i>	38
i) <i>Provisio-credendi</i> ; <i>voluta-donandi</i>	39

Deuxième point : l'influence de la forme de la stipulation sur les relations du délégué avec le délégataire.....	39
CHAPITRE II. — L'Ancien droit français.....	43

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

CHAPITRE PREMIER. — La Délégation imparfaite comme convention.....	52
§ 1. — De la capacité.....	52
§ 2. — Du consentement.....	52
A. — Des personnes.....	53
B. — Du moment.....	53
I. — Le Délégué et le délégant font l'offre au délégataire.....	56
II. — Le Délégant et le délégataire font l'offre au délégué.....	58
C. — Les Modalités.....	58
D. — La Forme.....	58
I. — Entre les parties.....	59
II. — De la forme de l'acceptation dans les rapports des parties avec les tiers.....	64
§ 3. — L'Objet.....	73
§ 4. — La Cause.....	73
CHAPITRE II. — La Délégation imparfaite comme contrat spécial.....	75
§ 1. — La Nature économique.....	75
§ 2. — La Nature juridique.....	76
CHAPITRE III. — Les Confins de la notion de délégation imparfaite.....	83
§ 1. — Comparaison avec la cession.....	83
§ 2. — Comparaison avec l'indication de paiement.....	90

§ 3. — Comparaison avec l' <i>expromissio</i>	94
§ 4. — Comparaison avec la subrogation.....	96
§ 5. — Comparaison avec la stipulation pour autrui.	97
A. — La Conclusion de la convention.....	100
B. — L'Objet.....	102
C. — Effets.....	103
D. — Structure.....	104
E. — But.....	105
§ 6. — Comparaison avec la dation en paiement d'une créance.....	107
CHAPITRE IV. — Les Effets de la délégation imparfaite.	108
§ 1. — Les Rapports entre le délégué et le délégant.	108
A. — Le Délégué est le débiteur du délégant....	108
B. — Le Délégué est le prêteur du délégant....	111
C. — Le Délégué est le donateur du délégant..	112
§ 2. — Les Rapports du délégant avec le délégataire.....	113
A. — Le Délégant est le débiteur du délégataire.	114
B. — Le Délégant est le prêteur du délégataire..	119
C. — Le Délégant est le donateur du délégataire.	119
§ 3. — Les Rapports du délégataire avec le délégué.	119
A. — L'Obligation du délégant envers le délégataire.....	141
B. — Le Délégant fait une donation au délégataire.	142
C. — Le Délégataire pourrait-il exercer contre le délégué les garanties attachées à la créance du délégant ?.....	142
I. — Conflit entre le délégataire et les créan- ciers du délégant.....	144
II. — Conflit entre le délégataire et le délé- gant.....	158
III. — Conflit entre les délégataires.....	162
CHAPITRE V. — Le Rôle de la délégation imparfaite. ..	172
CONCLUSION.....	179

Imp. M. GIARD ET E. BRIÈRE, 16, rue Soufflot, Paris — 2664-14

